This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

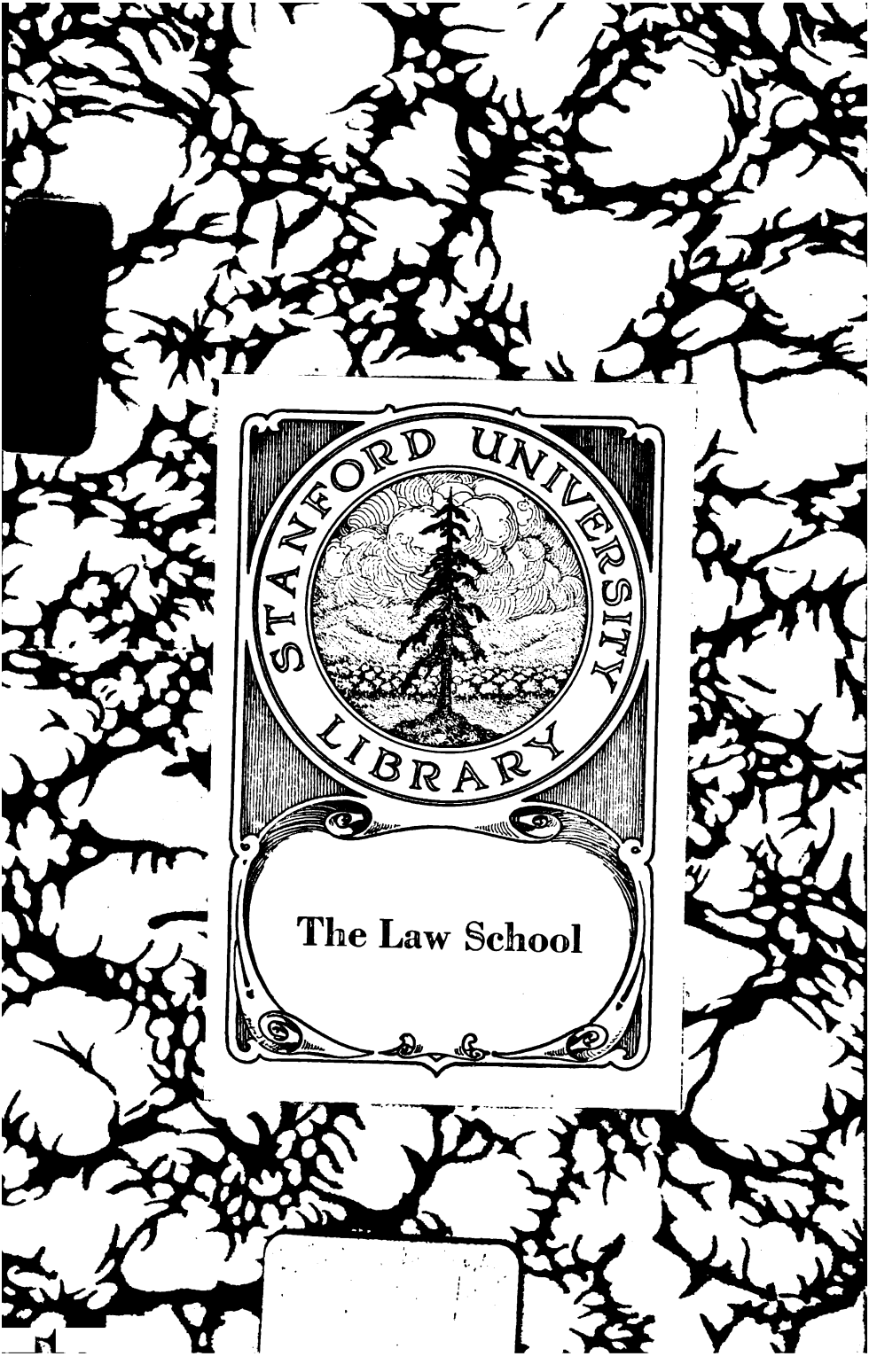
+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

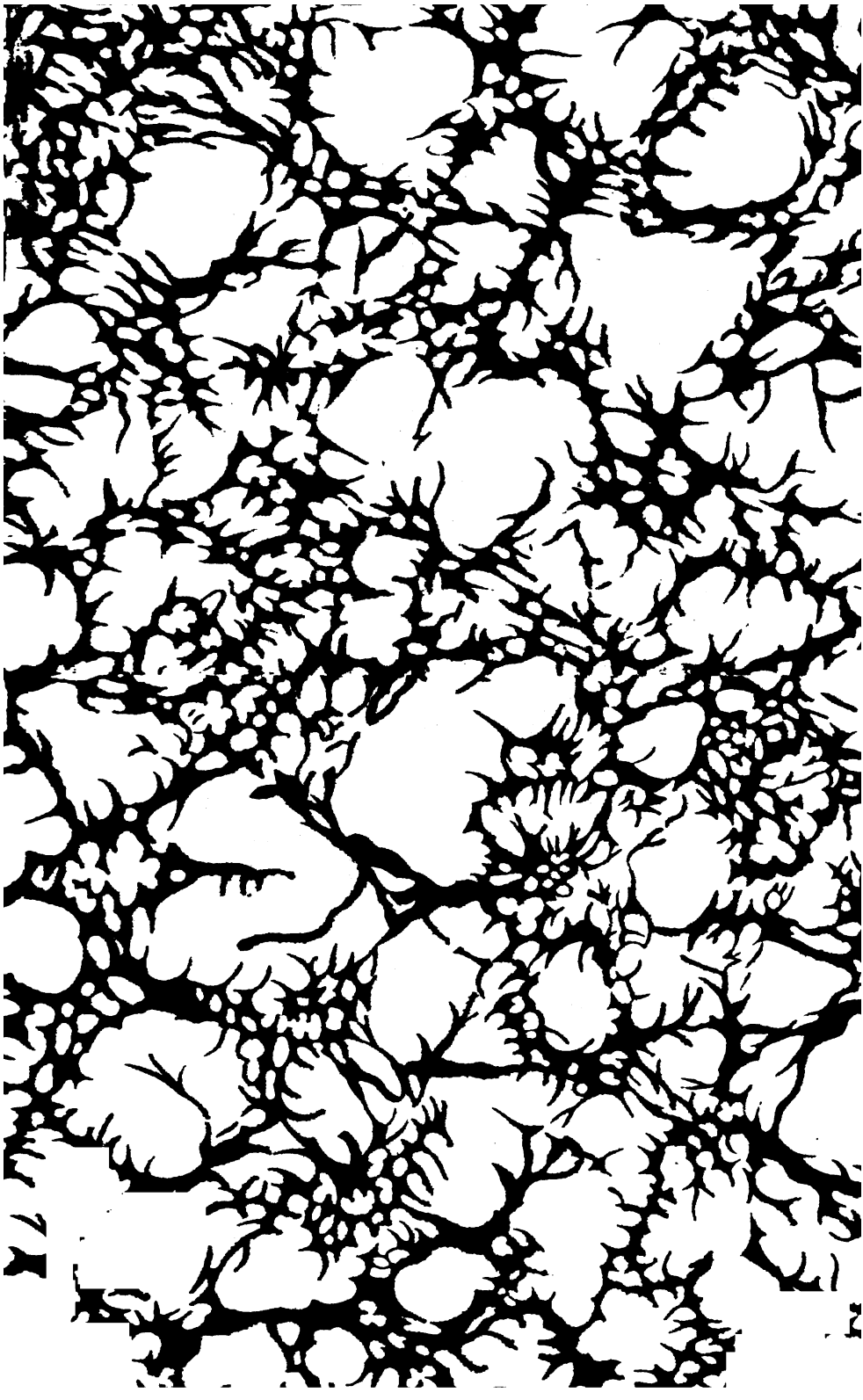
+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`


STANFORD UNIVERSITY
LIBRARY
The Law School



JTI
LBE
LPZ

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE DROIT CIVIL

XV

DES OBLIGATIONS

IV

Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT CIVIL

DES OBLIGATIONS

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE
DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

L. BARDE
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

TROISIÈME ÉDITION

Entièrement refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence

---

TOME QUATRIÈME

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, Rue Soufflot, PARIS, 5e Arrt.
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1908

L 3329

§ II. *De l'acte sous seing privé.*

2259. Cette rubrique est conçue en termes trop restrictifs. En effet, le législateur traite successivement ici : 1° des actes sous seing privé (art. 1322 à 1328); 2° de certains écrits privés, qui font preuve quoiqu'ils ne portent aucune signature (art. 1329 à 1332). Pour embrasser tout l'objet du paragraphe, le législateur aurait dû l'intituler : *Des écritures privées*, comme l'avait fait Pothier dont on copiait le plan.

I. *Des actes sous seing privé.*

2260. Les actes sous seing privé sont des actes faits sans l'intervention d'officiers publics et sous la seule signature des parties. Les deux éléments dont se compose cette définition se tirent de la dénomination même d'actes *sous seing privé*, c'est-à-dire rédigés sous la *signature* de personnes *privées*, par opposition aux actes authentiques qui sont dressés sous la signature d'une personne publique et qu'on pourrait appeler des actes *sous seing public*.

A. *Des conditions de forme exigées pour les actes sous seing privé.*

N° 1. *Des conditions de forme communes à tous les actes sous seing privé.*

2261. La signature de la partie ou des parties contre lesquelles l'acte doit faire preuve forme donc la condition essentielle à l'existence de tout acte sous seing privé [1]. Elle ne

[1] Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 220; Bonnier, *op. cit.*, n. 670; Larombière, VI, p. 27 (art. 1325, n. 1); Demolombe, XXIX, n. 355 et 356; Laurent, XIX, n. 196; Huc, VIII, n. 236; Planiol, II, 1re édit., n. 64, 2e et 3e édit., n. 60. — Req., 9 nov. 1869, S., 70. 1. 314. — V., sur le point de savoir en quoi la signature consiste, Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donations*, II, n. 1965-1975; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 970, n. 151-162, art. 973, n. 6-10; Dalloz, *Nouv. code civ. ann.*, art. 970, n. 552-598, art. 973, n. 1-27.

saurait être remplacée, pour les personnes ne sachant ou ne pouvant signer, par une croix, une autre marque ou un sceau apposé sur l'écrit, même en présence de témoins [1]. Si l'on veut, en pareil cas, se procurer une preuve littérale en règle, du fait qu'il s'agit de constater, il faut s'adresser à un notaire.

Toute la force probante d'un acte sous seing privé découlant de la signature, celui qui porterait simplement une des marques dont nous venons de parler, ne saurait valoir même comme commencement de preuve par écrit [2].

2262. La signature ne peut être considérée comme régulière que lorsqu'elle s'applique à l'acte entier. Alors seulement, en effet, elle atteste que tout le contenu de celui-ci a été consenti par les parties. Il faut donc qu'elle soit mise à la fin de l'acte [3]. Il s'ensuit que, en général, un acte sous seing privé ne serait pas valable si les parties ne l'avaient revêtu que d'une signature marginale [4]. Toutefois, si la signature a été apposée en marge dans le sens de la longueur, parce que la fin de l'acte n'a pu trouver place sur la dernière page dans le sens de la hauteur, la signature, quoique marginale, a été placée, en réalité, à la fin de l'acte, et, par conséquent, il est valable [5].

(1) Aubry et Rau, Bonnier, Larombière, Huc, *loc. cit.*: Demolombe, XXIX, n. 355 *in fine;* Laurent, XIX, n. 200; Planiol, II, 1re édit., n. 66, 2e et 3e édit., n. 62. — Liège, 17 mai 1821, *Pasicrisie*, 1821, p. 384. — Req., 21 nov. 1871 (croix), S., 72. 1. 206, D. P., 72. 1. 146; 8 juil. 1903 (croix accompagnée de la signature de témoins), D. P., 1903. 1. 508. — V. aussi Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, art. 1322, n. 10. — La signature ne saurait être remplacée par un simple paraf. Zachariæ a soutenu à tort le contraire, § 752, note 3.

(2) Merlin, *Rép.*, vo *Signature*, § 1, n. 8; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 220; Larombière, VI, p. 492 (art. 1347, n. 13); Demolombe, XXIX, n. 356. — La croix apposée au bas d'un billet en place de signature ne saurait servir de commencement de preuve par écrit, alors même que cette marque est suivie des signatures de plusieurs témoins en attestant la signification. Bruxelles, 27 janv. 1807, S. chr., II. 2. 193, D., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 4819. — Colmar, 23 déc. 1809, S. chr., III. 2. 166, col. 3, D., *loc. cit.* — Cpr. Bourges, 21 nov. 1871, S., 72. 1. 206, D. P., 72. 2. 146. — V. *infra*, n. 2588, 2590 I.

(3) D., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 1580, D. P., 95. 2. 340, note 1-2.

(4) Trani, 1er fév. 1882, S., 82. 4. 27, D., *Suppl. au Rép. alph.*, vo *Preuve*, n. 11-2o. — Un pareil acte ne constitue même pas un commencement de preuve par écrit. Même décision.

(5) Riom, 19 mars 1894, D. P., 95. 2. 340.

La signature qui n'est apposée que sur le timbre mobile collé au bas d'une quittance sans qu'aucun jambage ou parafe dépasse les limites du timbre, ne fait pas plus que celui-ci partie intégrante de la quittance, et, par suite, ne prouve ni la libération du débiteur, ni la subrogation du tiers qui prétend avoir payé de ses deniers (1).

2262 I. Lorsqu'un acte sous seing privé constate une convention synallagmatique, par exemple une vente, il n'est point nécessaire pour sa validité que les parties aient apposé simultanément leurs signatures sur cet acte (2).

La loi du 12 mars 1900, sur la répression des abus dans la vente à crédit des valeurs de bourse, n'a pas dérogé à cette règle pour les contrats de vente qu'elle réglemente. Aussi, lorsque, pour s'assurer la preuve de ces contrats, les parties passent un acte sous seing privé, la validité de cet acte n'est nullement subordonnée à l'apposition simultanée de leurs signatures (3).

2263. La signature peut être apposée d'avance. C'est ce qu'on appelle donner un *blanc-seing*, parce que le seing ou signature est apposé sur un papier blanc, ne portant aucun écrit; l'écrit sera rédigé plus tard par les soins de celui à qui le blanc-seing est confié, et il fera foi contre le souscripteur.

La validité des blancs-seings faisait beaucoup de difficulté dans notre ancien droit (4). Mais elle ne saurait plus être discutée aujourd'hui. D'abord, la loi n'interdisant nulle part l'usage du blanc-seing, il doit, par cela même, être considéré comme permis, car la liberté des conventions est la règle. De plus, en punissant l'abus du blanc-seing, l'art. 407 du Code pénal reconnaît implicitement la validité de celui-ci, car, s'il était nul, on ne pourrait pas en abuser (5).

(1) Trib. civ. Lille, 28 nov. 1898, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 460.

(2) Paris, 1er août 1906, S., 1907. 2. 134.

(3) Paris, 1er août 1906, précité.

(4) Cependant elle paraît avoir été admise par la pratique. Les abus de blancs seings amenèrent la déclaration du 22 septembre 1733, qui est l'origine de la disposition de l'art. 1326.

(5) Toullier, VIII, n. 565; Bonnier, *op. cit.*, n. 671; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 221; Larombière, VI, p. 31 (art. 1325, n. 5); Demolombe, XXIX, n. 359; Lau-

2264. En dehors de la signature des parties, l'acte sous seing privé, à la différence de l'acte authentique, n'est soumis à aucune condition particulière de forme.

Les parties peuvent donc faire écrire le corps de l'acte par un tiers, sauf exception pour le testament olographe (art. 970) et pour quelques autres actes d'une nature particulière. Elles peuvent notamment, sous l'empire de la législation actuelle (1), s'adresser, à cet effet, à un notaire, à un avoué, à un greffier ou à un huissier (2).

Il n'est pas besoin, d'ailleurs, quand un acte sous seing privé a été rédigé par un tiers, que l'écriture soit approuvée par le signataire (3).

Un acte sous seing privé peut être valablement écrit et signé au crayon, sauf à la partie qui en conteste la validité à justifier par les circonstances de la cause qu'il est demeuré à l'état de simple projet (4).

Rien n'empêche qu'un pareil acte soit lithographié, autographié, imprimé ou photographié. Mais les signatures doivent toujours être manuscrites (5).

2265. L'acte sous seing privé peut être rédigé en langue

rent, XIX, n. 201; Planiol, II, 1re édit., n. 67, 2e et 3e édit., n. 63. — Mais, tandis que le blanc-seing n'est valable entre les parties que sauf preuve des cas de dol ou de fraude, les droits des tiers de bonne foi doivent être maintenus à l'encontre du signataire, nonobstant la preuve de l'abus du blanc-seing par celui à qui il a été confié. Arg. art. 1165.

(1) Les déclarations du 19 mars 1696 et du 14 juillet 1699 défendaient aux notaires, procureurs, huissiers, sergents ou autres d'écrire et de signer, comme témoins, aucun acte sous signature privée, à peine d'interdiction, de nullité de l'acte et de 200 livres d'amende. — Elles ont été abrogées par les lois du 19 septembre 1790, du 22 frimaire an VII et du 25 ventôse an XI. — V. aussi Req., 30 nov. 1807, S. chr., II. 1. 454, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3821, et v° *Notaire*, n. 243. — Avis Cons. d'Etat, 26 mars 1808, approuvé le 1er avril suivant, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, *ubi supra*.

(2) En un mot, il n'est défendu à personne aujourd'hui de rédiger des actes sous seing privé, ni même d'en recevoir le dépôt et d'en délivrer copie. Toutefois, bien entendu, le tiers qui rédige un acte de cette nature doit s'abstenir d'employer des manœuvres tendant à faire croire que cet acte a la même valeur qu'un acte notarié. Civ. rej., 7 mai 1858, S., 58. 1. 689, D. P., 58. 1. 260.

(3) Larombière, VI, p. 30 (art. 1325, n. 4); Demolombe, XXIX, n. 364. — Limoges, 17 juin 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 2. 255.

(4) Larombière, VI, p. 28 (art. 1325, n. 1); Demolombe, XXIX, n. 367 *in fine*.

(5) Huc, VIII, n. 236; Planiol, II, 1re édit., n. 62, 2e et 3e édit., n. 58.

étrangère [1] ou dans un langage conventionnel dont les parties possèdent la clef [2].

Il peut être rédigé aussi bien dans une langue morte que dans une langue vivante ou même dans un idiome local, à condition seulement qu'il soit intelligible [3].

2266. Rien n'autorise à étendre aux actes sous seing privé les diverses formes prescrites par la loi du 25 ventôse an XI pour les actes notariés [4].

D'où les conséquences qui suivent :

1° Il n'est pas nécessaire que, dans les actes sous seing privé, les renvois soient signés ou paraphés [5].

2° Les surcharges, interlignes ou additions dans ces mêmes actes ne sont point défendus à peine de nullité des mots surchargés, interlignés ou ajoutés [6].

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 222; Demolombe, XXIX, n. 367; Braas, *Théorie légale des actes sous seing privé,* n. 2; Larombière, Huc, Planiol, *loc. cit.*

(2) Huc, Planiol, *loc. cit.*

(3) Larombière, Demolombe et Braas, *loc. cit.* — Cependant, en Algérie, aux termes d'un arrêté du 9 juin 1831, encore en vigueur, les actes sous seing privé entre Européens et indigènes doivent contenir une version alternative dans les deux langues. D., *Rép. alph.,* v° *Oblig.,* n. 1573. — Alger, 20 déc. 1878, *Bull. jud. de la cour d'Alger,* 1879, p. 49. — Notons aussi que, lorsqu'on a présenté à l'enregistrement un acte sous seing privé rédigé en langue étrangère, on doit y joindre une traduction française certifiée par un traducteur juré. Arrêté 24 prairial an XI, art. 3. — V. Dalloz, *op. cit.,* v° *Acte,* n. 22, et v° *Oblig.,* n. 3825.

(4) Toullier, VIII, n. 258; Laurent, XIX, n. 205.

(5) Lyon, 11 juil. 1894, S., 96. 2. 174, D. P., 96. 2. 32. — V. *supra,* n. 2186.

(6) Trib. civ. Gand, 26 juillet 1882, *Pasicrisie,* 83. 3. 105. — En d'autres termes, les dispositions des art. 15 et 16 de la loi du 25 ventôse an XI ne sont pas applicables aux actes sous seing privé. — V. *supra,* n. 2187. — Mais, en fait, la question pourra se poser de savoir si l'une des parties, qui a signé l'acte, a entendu que sa signature s'appliquât aux mots mis en renvoi, surchargés, interlignés ou ajoutés. La solution de cette question est subordonnée à l'appréciation de chaque espèce. Si les renvois, surcharges, interlignes ou additions émanent de la partie à laquelle on les oppose, ou, lorsque l'acte a été rédigé en double ou en triple, s'ils se trouvent également sur tous les originaux, on doit certainement les déclarer valables. Si, au contraire, ils sont de la main de la partie qui s'en prévaut, ou encore s'ils ne se rencontrent pas sur tous les exemplaires de l'acte, il convient de les déclarer nuls, à moins qu'il ne résulte d'autres circonstances de la cause que la partie contre laquelle ils sont invoqués y a donné son consentement. Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 222, texte et note 11; Larombière, VI, p. 29 (art. 1325, n. 2); Demolombe, XXIX, n. 366; Laurent, XIX, n. 206. — Bordeaux, 17 juin 1829, S. chr., IX. 2. 286, D., *Rép. alph.,* v° *Oblig.,* n. 3847. — Cpr. Bruxelles, 10 janv. 1828, *Pasicri-*

3° Les ratures qui se trouvent dans les actes sous seing privé sont réputées avoir été faites au moment de leur rédaction et du consentement de toutes les parties. Les mots rayés doivent, par conséquent, être considérés comme nuls (1). Mais, bien entendu, il en serait autrement s'il était prouvé par les circonstances de la cause, que les ratures ont été faites par fraude, inadvertance ou accident (2).

4° Les sommes peuvent être énoncées en chiffres dans les actes sous seing privé. Il n'existe, en effet, pour ces actes aucune disposition analogue à celle de l'art. 13 de la loi de ventôse. Comment pourrait-on, d'ailleurs, songer à leur étendre cette dernière disposition, alors que la seule sanction qu'elle établisse consiste dans une amende prononcée contre le notaire (3)?

2267. L'acte sous seing privé n'a pas besoin d'être daté pour être valable, sauf aux parties, en cas de contestation, à en établir, suivant leur intérêt, la date véritable, par exemple si l'une d'elles prétend que l'obligation constatée par l'acte est nulle parce qu'elle l'a souscrite en état d'incapacité.

Cependant, par exception, doivent être datés les testaments olographes (art. 970 C. civ.), les lettres de change (art. 110 C. com.), les endossements (art. 137 C. com.), les billets à ordre (art. 188 C. com.), les connaissements (art. 281 C. com.), les polices d'assurance (art. 332 C. com.), les warrants (art. 2 l. 28 mai 1858), les chèques (l. 14 juin 1865, art. 1, complété par l'art. 5, l. 19 février 1874).

Mais ces dispositions ne font que mettre le principe hors

sie, p. 11. — Caen, 29 janv. 1845, D. P., 45. 4. 417. — Civ. rej., 28 fév. 1888, D. P., 88. 1. 427. — Trib. civ. Seine, 4 juill. 1902, *Gaz. Trib.*, 1902, 2e sem., 2, 312, *Droit*, 10 oct. 1902, *Loi*, 24-25 oct. 1902. — Il est évident que les interlignes, surcharges, renvois, etc... doivent être annulés quand ils ont été faits frauduleusement. Paris, 9 déc. 1885, *Loi*, 10 janv. 1886.

(1) Civ. cass., 11 juin 1810, S. chr., III. 1. 198. — Dans les actes notariés, au contraire, nous l'avons dit, les ratures non approuvées sont réputées ne pas remonter à la rédaction de l'acte, et, par suite, les mots raturés sont valables s'il n'est pas établi que les ratures ont été faites du consentement de toutes les parties. — V. *supra*, n. 2188.

(2) Larombière, VI, p. 29 (art. 1325, n. 3).

(3) V. *supra*, n. 2184.

de doute : aucun texte n'exigeant la date pour les actes sous seing privé en général, elle n'y est pas nécessaire (1).

Appliquant cette proposition, la cour de Paris a fort bien décidé que si la loi du 12 mars 1900, sur la répression des abus dans la vente à crédit des valeurs de bourse, prescrit pour les ventes constatées par des actes sous seing privé, certaines formalités à peine de nullité, on ne saurait, dans le silence de cette loi, prétendre que ces actes doivent être datés (2).

Quant à la mention du lieu où l'acte sous seing privé est passé, il est certain qu'elle n'est pas requise (3).

2268. La loi ne prescrit pas la lecture de l'acte sous seing privé. Il s'ensuit que lorsqu'il est signé par une personne qui ne sait ou ne peut lire, peu importe qu'il ne constate pas que lecture en a été donnée à cette personne (4). La cour de Liège a décidé, en conséquence, qu'un pareil acte signé par un aveugle fait foi contre lui, bien qu'il n'ait pas été écrit de sa main, sauf au signataire ou à ses ayants cause à prouver que la signature lui a été surprise par fraude (5).

2269. Il va de soi que la validité des actes sous seing privé n'est pas subordonnée à l'accomplissement des formalités du timbre et de l'enregistrement. Si nous formulons ce principe, c'est parce que nous tenons à indiquer la notable exception que la loi du 5 juin 1850 y a faite, relativement aux effets de commerce, par son acte 5, ainsi conçu : « Le porteur d'une lettre de change non timbrée ou non visée pour timbre, conformément aux articles 1, 2 et 3, n'aura d'action, en cas de non acceptation, que contre le tireur ; en cas d'acceptation, il aura seulement action contre l'accepteur et contre le tireur,

(1) Toullier, VIII, n. 259 ; Duranton, XIII, n. 127 ; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Acte sous seing privé*, n. 41 ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 222 ; Bonnier, *op. cit.*, n. 670 *in fine ;* Larombière, VI, p. 28 (art. 1325, n. 1) ; Demolombe, XXIX, n. 365 ; Laurent, XIX, n. 205 *in fine ;* Arntz, III, n. 316 ; Planiol, II, 1re édit., n. 68, 2e et 3e édit., n. 64 ; Braas, *op. cit.*, n. 6. — Paris, 1er août 1906, S., 1907. 2. 134.

(2) Paris, 1er août 1906, précité.

(3) Duranton, *loc. cit. ;* Larombière, VI, p. 28 (art. 1325, n. 1).

(4) Toullier, VIII, n. 262 ; Larombière, VI, p. 30 (art. 1325, n. 4) ; Demolombe, XXIX, n. 364.

(5) Liège, 10 février 1887, D. P., 88. 2. 118.

si ce dernier ne justifie pas qu'il y avait provision à l'échéance. Le porteur de tout autre effet sujet au timbre et non timbré, ou non visé pour timbre, conformément aux mêmes articles, n'aura d'action que contre le souscripteur. Toutes stipulations contraires sont nulles ». Mais, selon la remarque de la cour de cassation, comme « les obligations du donneur d'aval se confondent avec celles du tireur lui-même dont il est l'image et dont il garantit la solvabilité..., il est tenu au même titre que lui et se trouve passible des mêmes voies et soumis comme lui à l'action réservée par l'art. 5 de la loi du 5 juin 1850 » (1).

N° 2. *Des conditions de forme particulières à certains actes sous seing privé.*

2270. La règle que la validité des actes sous seing privé n'est subordonnée à aucune condition de forme autre que la nécessité de la signature souffre deux exceptions. La première, relative aux actes qui constatent des conventions synallagmatiques, est contenue dans l'art. 1325; la seconde, concernant les actes qui contiennent une promesse unilatérale de payer une somme d'argent ou une chose exprimée en quantité, est formulée par les art. 1326 et 1327.

Ces deux exceptions comprennent, il faut en convenir, un très grand nombre de cas; elles laissent toutefois en dehors de leur orbite les actes destinés à constater les conventions unilatérales d'où naît une obligation de faire ou de ne pas faire, l'obligation de livrer une chose individuellement déterminée, par exemple en matière de commodat ou de dépôt, et enfin les actes dressés pour constater un paiement, c'est-à-dire les quittances.

Etudions les formalités particulières que la loi prescrit pour la validité des deux espèces précitées d'actes sous seing privé.

a. Des formes spéciales aux actes sous seing privé destinés à constater des conventions synallagmatiques.

2271. Aux termes de l'art. 1325 : « *Les actes sous seing* » *privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne*

(1) Civ. rej., 11 février 1856, S., 56. 1. 512, D. P., 56. 1. 81.

» *sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'ori-*
» *ginaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. — Il*
» *suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même*
» *intérêt. — Chaque original doit contenir la mention du*
» *nombre des originaux qui en ont été faits. — Néanmoins, le*
» *défaut de mention que les originaux ont été faits doubles,*
» *triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de*
» *sa part la convention portée dans l'acte* ».

Les actes sous seing privé destinés à constater des conventions synallagmatiques sont donc soumis à une double formalité : 1° D'abord il doit en être dressé autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, de manière que chacune puisse avoir en main la preuve du contrat. Le plus souvent il n'y a dans les conventions synallagmatiques que deux intérêts distincts, et par suite deux originaux suffisent ; aussi appelle-t-on cette formalité la *formalité du double écrit,* ou mieux du double *original,* ou plus brièvement, du *double.* — 2° En outre, il faut mentionner sur chaque original le nombre des originaux qui ont été faits.

2272. La formalité du double écrit était inconnue en droit romain et n'apparut que fort tard dans notre ancienne jurisprudence. C'est un arrêt du Parlement de Paris, du 30 août 1736, qui l'a exigée pour la première fois. Le même Parlement consacra de nouveau cette solution par des arrêts du 6 août 1740, du 23 janvier 1767 et du 27 novembre 1781 (1). D'autres parlements se prononcèrent dans le même sens, notamment celui de Bordeaux, par un arrêt du mois d'août 1759 (2), et celui de Rouen, par un arrêt du 5 mars 1785 (3). Mais le Parlement de Douai, par un arrêt du 7 janvier 1777, et celui de Grenoble, par un arrêt du 23 février 1779, repoussèrent la nouvelle théorie (4), et il faut remarquer que le Parlement de Paris lui-même avait d'abord décidé, par un arrêt du 3 décembre 1680, que le double écrit n'était pas

(1) Denizart, v° *Double écrit ;* Merlin, *Répert.,* v° *Double écrit,* I à III ; Toullier, VIII, n. 312 et 314.

(2) Salviat, *Jurisprudence du Parlement de Bordeaux,* p. 393.

(3) Merlin, *Quest. de droit,* v° *Double écrit,* I.

(4) Merlin, *ibid.*

nécessaire (1). Bien plus, on cite un arrêt de ce parlement, du 30 août 1777, qui semble bien constituer une tentative de réaction (2).

La jurisprudence créée par l'arrêt de 1736 avait une portée considérable. Se fondant sur cette idée que, dans les contrats synallagmatiques, il n'y aurait pas réciprocité d'obligations si chacune des parties n'avait pas les mêmes moyens de contrainte, elle prononçait la nullité non pas simplement de l'acte sous seing privé qui n'avait pas été fait en double, mais bien de la convention même (3). Elle commettait ainsi une confusion très regrettable entre le contrat et l'écrit destiné à le constater. C'est à chaque partie de prendre des précautions pour s'assurer le moyen de prouver sa créance. Si elle néglige de le faire, elle ne peut en imputer les conséquences qu'à elle-même. Au surplus, alors même que l'exemplaire unique de l'acte serait frauduleusement supprimé, elle ne serait pas nécessairement dépourvue de de tout moyen de preuve, car elle pourrait déférer le serment à son adversaire ou le faire interroger sur faits et articles, peut-être même invoquer un commencement de preuve par écrit (4).

Mais il importe de connaître toutes les solutions contenues dans l'arrêt du 30 août 1736. Cet arrêt exigeait non seulement que l'acte sous seing privé constatant une convention synallagmatique eût été fait en double, mais encore que chaque exemplaire renfermât la mention de l'accomplissement de cette formalité : « Un acte qui ne donne point à la partie qui l'a passé le moyen de le faire exécuter par l'autre, est un acte de nul effet (disait Lépine de Grainville, un des magistrats qui siégeaient dans l'affaire); et si l'une peut en refuser

(1) Merlin, *ibid.*; Brillon, *Dict. des arr.*, v° *Bail*, n. 16. — V. aussi Toullier, VIII, n. 315. — Req., 17 août 1814, S. chr., IV. 1. 604, col. 3, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4002-2°, et v° *Mariage*. n. 88-5°.

(2) V. *Répert.* de Merlin, v° *cit.*, II ; Toullier, *ibid.*

(3) L'arrêt du Parlement de Paris, du 28 janvier 1767, décidait même que la nullité de la convention ne pouvait pas être couverte par l'exécution de l'acte, qui, au surplus, avait été déposé entre les mains d'un tiers. — L'arrêt du Parlement de Rouen décidait également que le dépôt chez un tiers ne validait pas la convention.

(4) Toullier, VIII, n. 313 et 316 ; Marcadé, V, sur l'art. 1325, I, al. 2 ; Larombière, VI, p. 32-38 (art. 1325, n. 8-10). — Cpr. Demolombe, XXIX, n. 384-386.

l'exécution, il faut nécessairement que cette liberté soit accordée à toutes les deux, et qu'il soit déclaré nul à l'égard de l'une et de l'autre. — Il n'est pas difficile d'appliquer ces principes au défaut d'énonciation de *fait double*, dans les deux actes. L'une ou l'autre des parties pouvait supprimer son double; celui qui l'aurait voulu exécuter, n'avait aucun moyen pour prouver qu'il avait été fait double et que, par conséquent, l'engagement était obligatoire et réciproque. — S'ils eussent contenu l'énonciation de fait double, le premier qui eût voulu s'en servir aurait trouvé dans son double même la preuve que l'acte aurait été fait double, puisqu'il aurait contenu une énonciation, souscrite par l'autre, qu'il avait été fait double; celui qui n'aurait pas voulu faire paraître le sien aurait pu être contraint à le représenter et à exécuter la convention. Et alors l'écrit aurait formé un engagement réciproque entre les parties, parce qu'il n'aurait pas dépendu de l'une d'elles de supprimer le sien et de s'exempter de l'exécution de la convention... ». L'arrêt de 1736 décidait, en outre, que la représentation de tous les originaux ne réparait pas le vice résultant de l'absence de mention : « Il est vrai que les deux doubles étaient représentés, disait encore Lépine de Grainville; mais cette représentation ne rectifiait pas le défaut d'énonciation qu'ils avaient été faits doubles. Cette représentation ne donnait point à l'acte le caractère qu'il n'avait pas. Il était nul dans son principe, parce que ni l'un ni l'autre de ces doubles ne donnait aux parties la preuve que la convention était réciproque et, par conséquent, obligatoire. Or, lorsqu'une convention est nulle dans son principe, il ne doit pas dépendre de la volonté de l'une des parties seulement de la rendre valable ou non, d'en consentir l'exécution ou de s'y refuser... » (1).

Tout en maintenant la nécessité des originaux multiples, les auteurs du Code ne sont pas allés aussi loin que le Parlement de Paris; aujourd'hui le vice résultant de ce que l'acte sous seing privé n'a pas été dressé en double ou de ce que la mention a été omise, a seulement pour résultat d'invalider

(1) V. *Répert.* de Merlin, v° *Double écrit* (4e édit., 1812), IV, p. 356.

cet acte; la convention n'en demeure pas moins valable, et son existence peut être établie autrement. Cependant, même atténué dans cette large mesure, le système ne saurait se concilier avec certains principes fondamentaux. Chaque partie doit pouvoir toujours utiliser tous les moyens de preuve qui s'offrent à elle; il n'est pas rationnel que cette faculté soit subordonnée à la condition que l'autre partie dispose de moyens de preuve semblables (1).

Prenant en considération la force de cette critique, le législateur italien de 1865 a supprimé la formalité des doubles (2), et la plupart des codes civils étrangers, qui ont été promulgués ensuite, ne la prescrivent pas, notamment les codes civils du Portugal, du Mexique, du Chili, de l'Espagne.

Mais le Code civil argentin, qui fut cependant rédigé par un éminent jurisconsulte, M. Dalmacio Velez Sarsfield, n'a pas suivi le mouvement. On y trouve même toute une série de dispositions relatives à notre sujet (3).

Nous verrons successivement : 1° à quels actes s'applique l'art. 1325; 2° quelles sont les formalités prescrites par ce texte; 3° quelles sont les conséquences de l'omission de ces formalités.

(1) Larombière, VI, p. 38 (art. 1325, n. 9 *in fine*).

(2) V. Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon, Etudes de législation comparée*, p. 255 *in fine*.

(3) Ces dispositions consacrent plusieurs des solutions qui ont été dégagées par la doctrine. Comme elles sont intéressantes à ce titre, nous croyons devoir en donner la traduction : Art. 1021 : « Néanmoins les actes qui contiennent des conventions parfaitement bilatérales doivent être rédigés en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ». — Art. 1022 : « La disposition du précédent article peut demeurer sans application quand l'une des parties, avant la rédaction de l'acte ou au moment de la rédaction, exécute complètement les obligations que l'acte lui impose ». — Art. 1023 : « Le défaut de rédaction en plusieurs exemplaires dans les actes parfaitement bilatéraux n'annule pas les conventions qu'ils contiennent, s'il est démontré par d'autres preuves que l'acte a été conclu d'une manière définitive ». — Art. 1024 : « L'inefficacité d'un acte bilatéral pour avoir été fait en un seul exemplaire se couvre par l'exécution ultérieure, soit totale, soit partielle, des conventions qu'il contient. Mais, si la convention n'a été exécutée que par l'une des parties, sans que l'autre ait concouru ou participé à l'exécution, le vice de l'acte subsistera par rapport à cette dernière partie ». — Art. 1025 : « Le dépôt d'un acte bilatéral qui a été rédigé seulement en un exemplaire, aux mains d'un notaire ou d'une autre personne chargée de le conserver, effectué d'un commun accord par les deux parties, purge le vice de l'acte. Si le dépôt n'a été fait que par une partie, l'irrégularité ne sera couverte que par rapport à elle ».

1° A quels actes s'applique la disposition de l'art. 1325.

2273. La formalité du double écrit est requise, dit l'art. 1325, pour tous les « actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques »; ajoutons : et pour ceux-là seulement.

Ainsi il faudra rédiger en double original l'acte sous seing privé qui constate une vente, un échange, un louage, un partage, une transaction.

Il faut appliquer notamment l'art. 1325 aux souscriptions à des ouvrages de librairie. Les contrats de cette nature, en effet, engendrent des obligations réciproques : le libraire s'oblige à fournir l'ouvrage au souscripteur, et celui-ci s'engage à payer le prix au libraire. Ce sont bien, par conséquent, des contrats synallagmatiques (1).

2274. Mais il n'est pas besoin de rédiger un double écrit pour l'acte qui constate un prêt de consommation, un cautionnement, une reconnaissance de dette (2), une promesse unilatérale de vente (3), un arrêté de compte (4), conventions

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 226; Demolombe, XXIX, n. 391; Laurent, XIX, n. 219. — Req., 8 nov. 1843, S., 43. 1. 852, D., *Répert. alph.*, v° *Souscription littéraire*, n. 2. — Paris, 1er mai 1848, S., 49. 2. 110, D. P., 49. 2. 220; 2 mai 1849, S., 49. 2. 636, D. P., 49. 2. 220. — Trib. com. d'Aubenas, 14 fév. 1852, D. P., 52. 5. 457. — Trib. civ. Largentière, 18 fév. 1852, D. P., *ibid.*

(2) Il en est ainsi même quand une reconnaissance de dette est accompagnée de la stipulation d'un terme. Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 226; Larombière, VI, p. 41 (art. 1325, n. 12); Demolombe, XXIX, n. 394. — Civ. cass., 26 oct. 1808, S. chr., II. 1. 595, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4005-3°. — Mais la formalité du double écrit est exigée pour l'acte contenant reconnaissance d'une dette déjà régulièrement établie, quand le débiteur stipule une novation ou contracte avec le créancier un nouvel engagement, sous la condition qu'un délai lui sera accordé. Larombière, VI, p. 44 (art. 1325, n. 15).

(3) Duranton, XIII, n. 147; Troplong, *Vente*, n. 114; Marcadé, V, sur l'art. 1325, n. IV, al. 3; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 227; Larombière, VI, p. 48 (art. 1325, n. 19); Demolombe, XXIX, n. 397; Laurent, XIX, n. 220. — Bruxelles, 23 mars 1831, D., *Répert. alph.*, v° *Vente*, n. 295, 290-4°. — Bourges, 15 juin 1841, S., 48. 1. 181, D. P., 47. 1. 347. — V. aussi Pothier, *Vente*, n. 477. — Cpr. Colmar, 8 mars 1845, S., 47. 2. 17. — V. cependant Merlin, *Répert.*, v° *Vente*, § 7.

(4) Toullier, VIII, n. 331; Rolland de Villargues, *Répert. du notar.*, v° *Double écrit*, n. 20 et 21; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 226; Demolombe, XXIX, n. 396; Laurent, XIX, n. 221. — Aix, 12 juill. 1813, S. chr., IV. 2. 339, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4009-1°. — Orléans, 22 août 1840, S., 40. 2. 433, D., *Répert. alph.*, v° *cit.*, n. 4009-2°. — Cpr. Larombière, VI, p. 43 (art. 1325, n. 14).

unilatérales (1), ni pour celui qui constate un commodat, un dépôt ou un gage, conventions unilatérales aussi, qu'une partie de la doctrine appelle à tort des contrats synallagmatiques imparfaits (2).

A plus forte raison le congé amiable donné par le locataire au propriétaire ou par le propriétaire au locataire n'a pas besoin, lorsqu'il est constaté par un acte sous seing privé, d'être rédigé en double, car il ne constitue même pas une convention (3).

2275. Nous devons insister un peu sur la formule de l'art. 1325 : elle doit être entendue en ce sens que la formalité du double écrit est nécessaire toutes les fois qu'au moment où l'acte est dressé, les parties se trouvent réciproquement obligées l'une envers l'autre en vertu de la convention qu'il s'agit de constater, et qu'elle n'est plus exigée lorsqu'à ce même moment, il n'existe d'engagement que d'un seul côté. En d'autres termes, pour que la formalité du double écrit s'impose dans un acte sous seing privé, il faut et il suffit que cet acte constate des obligations réciproques résultant d'une

(1) L'écrit par lequel la victime d'un accident donne quittance d'une somme qui lui a été versée à titre d'indemnité, en déclarant renoncer à toute autre réclamation généralement quelconque, même pour les conséquences futures de cet accident, n'a pas pour objet de constater une convention synallagmatique, mais, au contraire, de fournir la preuve de l'exécution de la convention, par l'une des parties, qui obtient un titre établissant sa libération définitive. Il n'est donc pas nécessaire que cet écrit soit rédigé en double. Besançon, 19 janv. 1898, S., 98. 2. 84. — La jurisprudence a décidé également qu'une quittance n'est pas une convention synallagmatique et que l'acte sous seing privé destiné à la constater n'est pas soumis à la formalité du double, alors même qu'elle contient l'engagement pris par le créancier de réduire le montant d'une créance sur laquelle il y a litige. Paris, 2 mai 1815, S. chr., V. 2. 38. — Quand une police d'assurance réserve à la compagnie la faculté de résilier le contrat, la remise par l'assuré, aux mains de la compagnie, du seul original de la quittance signée de lui et mentionnant la résiliation suffit pour que la compagnie soit fondée à lui opposer cet écrit comme une preuve régulière et complète de l'exercice par elle de ladite faculté. Civ. cass., 19 oct. 1892, S., 92. 1. 568, D. P., 93. 1. 580.

(2) Duranton, XIII, n. 150; Marcadé, *loc. cit.*: Bonnier, *op. cit.*, n. 691; Mourlon, II, n. 1547; Colmet de Santerre, V, n. 288 *bis*-VIII; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 226; Larombière, VI, p. 40 (art. 1325, n. 11); Demolombe, XXIX, n. 393; Laurent, XIX, n. 218; Arntz, III, n. 319; Thiry, III, n. 126, p. 152; Planiol, II, 1re édit., n. 1197 *in fine*, 2e et 3e édit., n. 1146 *in fine*.

(3) V., pour la discussion et pour les autorités, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du contrat de louage*, I, 1re édit., n. 949, 2e et 3e édit., n. 1252.

même convention. Il s'ensuit que l'art. 1325 peut être applicable dans des cas où il s'agit de contrats qui, par leur nature, sont unilatéraux, et qu'il peut ne pas l'être dans des cas où il s'agit de contrats qui, par leur nature, sont synallagmatiques. Examinons les deux hypothèses.

2276. 1° La formalité du double écrit est nécessaire, lorsque la convention qu'il s'agit de constater, bien qu'unilatérale en règle générale, soumet cependant les parties à des engagements réciproques, comme il arriverait dans un cautionnement consenti sur la promesse faite par le créancier de n'exiger du débiteur le paiement qu'à l'expiration d'un certain délai. Dans ce cas, en effet, en retour de l'engagement pris par la caution, le créancier a contracté une obligation de ne pas faire, dont la violation, le cas échéant, donnera lieu à des dommages-intérêts. On ne saurait admettre que la caution a entendu laisser au créancier la liberté d'accomplir sa promesse pour profiter du cautionnement, ou de renoncer à celui-ci en poursuivant le débiteur avant le terme convenu (1).

Un même acte sous seing privé constate un prêt d'argent, et un nantissement consenti pour sûreté de ce prêt. Cet acte doit-il satisfaire aux prescriptions de l'art. 1325? La cour de cassation s'est prononcée dans le sens de l'affirmative. En effet, les deux parties sont réciproquement obligées l'une envers l'autre : l'emprunteur est tenu de rembourser, et le prêteur de restituer le gage après avoir été remboursé, ou, s'il est obligé de se payer sur ledit gage, de rendre compte de sa valeur. On peut objecter que les obligations réciproques des parties résultent de deux contrats différents, tous deux unila-

(1) Duranton, XIII, n. 152; Favard, *Rép.*, v° *Acte sous seing privé*, sect. I, § 2, n. 6; Bonnier, *op. cit.*, n. 691 *in fine:* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 227, texte et note 21; Larombière, VI, p. 41 (art. 1325, n. 13); Demolombe, XXIX, n. 401; Laurent, XIX, n. 222; Planiol, II, 1re édit., n. 1197, 2e et 3e édit., n. 1146. — Civ. rej., 14 mai 1817, S. chr., V. 1. 318. — Req., 23 juil. 1818, S. chr., V. 1. 509; 3 avril 1850, S., 50. 1. 246, D. P., 50. 1. 165. — Nîmes, 18 nov. 1851, S., 52. 2. 363, D. P., 55. 5. 598. — Alger, 22 mai 1878, S., 78. 2. 333, D. P., 79. 2. 224. — V. aussi Civ. cass., 14 juin 1847, S., 47. 1. 663, D. P., 47. 1. 244, et *Rép. alph.*, v° *Cautionnement*, n. 156. — *Contra* Arntz, *loc. cit.* — La formalité du double n'est pas requise lorsque l'acte contient de simples conditions mises par la caution, dans son propre intérêt, à l'engagement pris par elle, notamment la stipulation d'un délai dans son intérêt exclusif. Alger, 22 mai 1878, précité.

téraux. Mais ces deux contrats, par leur juxtaposition, forment une seule et même *convention,* et on se trouve ainsi littéralement dans les termes de l'art. 1325, qui impose la formalité du double écrit pour tous les actes sous seing privé contenant *des conventions synallagmatiques* (1).

Notons que, dans cette espèce, l'art. 1325 étant applicable, il n'y a pas lieu, en ce qui regarde le prêt d'argent, de remplir la formalité du *Bon* ou *Approuvé,* prescrite par l'art. 1326 (2).

Nous croyons aussi que l'acte constatant un mandat ou un dépôt doit être fait en double exemplaire lorsqu'un salaire est stipulé au profit du mandataire ou du dépositaire (3).

2277. 2° En sens inverse, la formalité du double écrit n'est pas nécessaire pour constater une convention synallagmatique de sa nature, mais en vertu de laquelle une seule partie se trouve obligée au moment de la rédaction de l'acte, l'autre ayant pleinement exécuté son obligation, comme il arrive pour une vente, quand l'acheteur a payé son prix comptant et que le vendeur n'a fait aucune condition ni réserve, auquel cas il n'a nul intérêt à avoir en mains la preuve du contrat, puisqu'il n'a et ne peut plus rien avoir à demander en vertu de ce contrat (4).

Mais, si l'acte de vente ne porte pas quittance, ou si, tout en portant quittance, il laisse encore subsister quelque droit au profit du vendeur, soit contre l'acheteur, soit contre un tiers, l'art. 1325 demeure applicable, car, dans ce cas, le vendeur a besoin d'un original de l'acte pour pouvoir exercer

(1) Civ. cass., 8 mars 1887, S., 90. 1. 257 (note de M. Lyon-Caen, en sens conforme), D. P., 87. 1. 264. — V. dans le même sens, Huc, VIII, n. 239; Planiol, *loc. cit.*

(2) Même arrêt. — V. *infra,* n. 2287 et 2304.

(3) *Sic* Laurent, XIX, n. 222; Huc, VIII, n. 238, p. 297. — V. aussi notre tome II, n. 14. — *Contra* Duranton, XIII, n. 150; Zachariæ, § 411, note 17; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 226; Demolombe, XXIX, n. 393.

(4) Toullier, VIII, n. 327; Duranton, XIII, n. 146; Marcadé, V, sur l'art. 1325, IV *in fine;* Bonnier, *op. cit.,* n. 691; Mourlon, II, n. 1548; Colmet de Santerre, V, n. 228 *bis*-VIII; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 227 *in fine* et 228; Demolombe, XXIX, n. 399; Laurent, XIX, n. 223; Thiry, III, n. 152 *in fine;* Huc, VIII, n. 238, p. 296; Planiol, *loc. cit.* — Montpellier, 10 juin 1828, S. chr., IX. 1. 93, col. 3 *in fine,* D., *Répert. alph.,* v° *Vente,* n. 77-2°. — Bordeaux, 30 janvier 1834, S., 34. 2. 281, D., *op. cit.,* v° *Contrat de mariage,* n. 405; 1er avril 1889, D. P., 90. 2. 15.

le droit qui lui est réservé. C'est ainsi que l'acte doit être fait en double si le vendeur se réserve un droit d'usufruit ou de servitude sur la chose vendue (1). Et peu importe qu'il s'agisse d'un droit simplement éventuel ou d'un droit conditionnel (2).

Par application des mêmes principes, nous estimons que le double original continue à être nécessaire quand il y a eu délivrance de la chose vendue, car le vendeur reste tenu de la garantie (3).

2278. Lorsqu'un acte sous seing privé constate une convention faisant naître des obligations de part et d'autre, il est assujetti à la formalité des doubles, lors même que l'objet du contrat n'excède pas 150 francs. La loi, en effet, ne distingue pas à cet égard, et, quel que soit le fondement que l'on assigne à la disposition de l'art. 1325, il n'y avait pas de motif pour que le législateur fît une pareille distinction (4).

2279. La disposition de l'art. 1325 est inapplicable aux actes sous seing privé qui constatent des conventions bilatérales constituant par rapport à toutes les parties des actes de commerce. Peu importe que les contractants aient ou non la qualité de commerçants. Ces deux propositions découlent de la disposition de l'art. 109 C. com., car, en premier lieu, ce texte ne concerne pas seulement les achats et les ventes, mais toutes les conventions qui ont le caractère d'acte de commerce, et, en second lieu, il ne distingue pas suivant que les contractants sont des commerçants ou des non-commerçants. Dans l'hypothèse, la formalité des doubles n'aurait pas raison d'être. Elle a pour but, nous le savons, d'assurer à chacune des parties une preuve de son droit. Or, quand il s'agit de conventions commerciales synallagmatiques, la partie qui n'est pas munie de l'original unique de l'acte sous seing privé est toujours admise à établir par tous les moyens

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 228; Larombière, VI, p. 50 (art. 1325, n. 22); Demolombe, XXIX, n. 400; Laurent, XIX, n. 223. — Civ. cass., 31 janv. 1837, S., 37. 1. 533, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4018, et *Contr. de mar.*, n. 405, et, sur pourvoi, Agen, 17 août 1837, S., 38. 2. 122, D., *ibid.*

(2) Aubry et Rau, Larombière, Demolombe, *loc. cit.*

(3) *Sic* Laurent, XIX, n. 223, p. 242. — *Contra* Toullier, VIII, n. 328; Larombière, VI, p. 49 *in fine* (art. 1325, n. 21).

(4) Huc, VIII, n. 238, p. 296.

de preuve, notamment par ses livres, par témoins ou par présomptions de l'homme, le contrat, ainsi que ses diverses clauses. Elle n'en est donc pas réduite, comme en matière civile, à s'en remettre à l'aveu de l'autre partie ou à lui déférer le serment. L'usage commercial, d'ailleurs, a rejeté la formalité des doubles (1).

2279 I. Mais, lorsqu'une convention synallagmatique ne constitue pas un acte de commerce à l'égard de l'une des parties, l'acte sous seing privé qui la constate n'est valable par rapport à l'autre partie que si les formalités de l'art. **1325** ont été observées. De telle sorte que le même acte, selon qu'on l'envisage relativement à l'un ou à l'autre des contractants, est soumis, en ce qui regarde les formalités, dans un cas à la loi civile et, dans l'autre, à la loi commerciale (2).

Spécialement le bulletin de souscription par un particulier à un ouvrage de librairie ne peut établir, à l'égard de ce particulier, la vente de cet ouvrage et les conditions de cette vente, que s'il est fait en double original, conformément aux règles posées dans l'art. **1325**. Il s'ensuit que si, dans le cas où ces règles n'ont pas été observées, il y a contestation sur le prix ou sur le mode de paiement, les juges doivent les déterminer sans tenir compte des énonciations du bulletin de souscription (3).

2279 II. S'il convient d'écarter l'art. **1325** en ce qui regarde les contrats commerciaux pour lesquels la preuve par écrit n'est pas imposée, il y a lieu d'admettre l'application de cet

(1) Toullier, VIII, n. 342; Duranton, XIII, n. 149; Bonnier, *op. cit.*, n. 693; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 235; Larombière, VI, p. 61 (art. 1325, n. 36); Ripert, *Rev. prat. de dr. franç.*, XXXVIII, 1874, p. 483 à 486; Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. comm.*, I, n. 605, al. 2, et *Tr. de dr. comm.*, II, n. 56; Laurin sur Cresp, *Cours de dr. marit.*, I, p. 261. — Trèves, 30 mai 1810, S. chr., III. 2. 283, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4022. — Lyon, 23 nov. 1889, D. P., 91. 2. 80. — Trib. com. Seine, 13 janv. 1898 (vente d'un fonds de commerce constatée par acte sous seing privé), *Journ. des trib. comm.*, 1900, 25. — *Contra* Massé. *Dr. commerc.*, IV, n. 2416. — V. aussi Rouen, 23 nov. 1846, S., 47. 2. 402, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4023-3°. — Pardessus restreint l'exception aux conventions entre commerçants, *Cours de dr. com.*, I, n. 245.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 236; Larombière, même n°, al. 2. — Comp. Req., 8 nov. 1843, S., 43. 1. 852, D., *Rép. alph.*, v° *Souscription littéraire*, n. 2.

(3) Req., 8 nov. 1843, précité.

article dans les cas où, pour les contrats de cette nature, la loi exige la rédaction d'un écrit. Quant aux sociétés de commerce, la question est réglée formellement par le législateur lui-même. L'art. 39 C. com. prescrit la multiplicité des originaux pour les sociétés en nom collectif ou en commandite simple. Cette formalité est, au contraire, exclue pour les sociétés en commandite par actions et pour les sociétés anonymes. L. 24 juillet 1867, art. 1 et 21.

C'est pour les autres contrats, notamment pour les ventes de navires, affrètements et assurances maritimes, que la difficulté peut être soulevée. Mais, à notre avis, l'art. 1325 est applicable. Lorsque la loi dispose qu'une opération commerciale sera constatée par écrit, elle prescrit par là même l'observation des règles du droit civil relatives à ce mode de constatation (1).

2° En quoi consistent les formalités requises par l'art. 1325.

α. *Pluralité d'originaux.*

2280. L'acte doit être dressé en autant d'originaux ou exemplaires qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Chaque exemplaire doit porter la signature de tous les contractants. Toutefois, chaque contractant peut se dispenser d'apposer sa signature sur l'exemplaire qui lui est destiné; car, si les autres doivent s'engager envers lui par leur signature, il n'a pas à s'engager envers lui-même par sa propre signature. C'est ainsi que l'on procède ordinairement dans la pratique : on se contente de l'échange des signatures; ainsi, dans une vente, le vendeur signe l'exemplaire destiné à l'acheteur, et celui-ci l'exemplaire destiné au vendeur (2).

(1) Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. com.*, I, n. 608, et *Tr. de dr. com.*, III, n. 58 *ter*.

(2) Dareau, *Répert.* de Merlin, v° *Double écrit*, n. 6; Toullier, VIII, n. 344; Duranton, XIII, n. 156; Rolland de Villargues, *Répert. du not.*, v° *Double écrit*, n. 51; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enreg.*, I, n. 171; Zachariæ, § 752, texte et note 10; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 229, texte et note 30; Larombière, VI, p. 60 (art. 1325, n. 35); Demolombe, XXIX, n. 413; Laurent, XIX, n. 212. — Bruxelles, 4 avril 1829, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4026. — Bordeaux, 16 déc. 1844, S., 45. 2. 548, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4026. — Nancy, 23 juin 1849, S., 52. 2. 454, D. P., 51. 2. 33. — Rennes, 15 nov. 1869, S., 70. 2. 314, D. P., 74. 5. 403.

Et toutefois cette pratique nous paraît ne pas être sans inconvénient. On peut supposer notamment que l'une des parties vienne à perdre son original et que l'autre meure laissant un héritier qui ignorait l'existence de la convention constatée par l'acte. En pareil cas, si la partie survivante demande l'exécution de la convention en invoquant l'original qui se trouve entre les mains de l'héritier de la partie décédée, celui-ci pourra dire de très bonne foi : « Cet original ne porte pas la signature de mon auteur, mais seulement la vôtre ; or, il se peut fort bien qu'il s'agisse d'une convention qui est demeurée à l'état de projet et que mon auteur n'a jamais sanctionnée par sa signature, car rien ne prouve qu'il ait signé l'original que vous prétendez avoir eu entre les mains ; produisez donc cet original, à défaut de quoi je refuse d'exécuter la convention, parce que son existence ne m'est pas démontrée ». On conjure ce danger, et d'autres encore, en faisant signer chaque original par toutes les parties.

2281. Quel est le motif de notre première formalité, qui est prescrite, ainsi qu'on le verra tout à l'heure, à peine de nullité ? La loi a voulu établir, au point de vue de la preuve, une égalité parfaite de situation entre les parties qui sont réciproquement engagées les unes envers les autres par suite d'une même convention [1]. S'il n'y avait qu'un original, celui des contractants qui l'aurait entre les mains tiendrait les autres à sa discrétion, puisqu'il pourrait, suivant son intérêt ou son caprice, conserver ou anéantir la preuve du contrat. Ce serait pour la fraude une trop belle occasion de s'exercer. Il faut autant que possible prévenir des situations si défavorables à la moralité publique. Dans le combat pour le droit, la preuve est une arme. Si, confiantes dans leur mutuelle bonne foi, les parties négligent de se munir de la preuve littérale de leurs droits et de leurs obligations, elles seront, pour combattre, dans une position égale ; mais si, en prévision de la lutte, elles se forgent des armes, l'équité ne permet pas que l'une soit armée et l'autre désarmée. L'art. 1325 a donc

[1] Jaubert, Rapport au Tribunat, Fenet, XIII, p. 382, Locré, XII, p. 511 *in fine*, n. 11.

pour but d'enlever à la mauvaise foi une occasion de surprise et de fraude, en assurant également aux deux parties les moyens de la déjouer. Ainsi sa disposition, que nous avons déjà reconnu être *exceptionnelle*, présente un second caractère, tout aussi fécond en conséquences pratiques : elle est d'*ordre public ;* et, comme on ne peut déroger par des conventions privées aux lois qui intéressent l'ordre public (art. 6), elle sera applicable nonobstant toutes clauses contraires [1].

Une partie de la doctrine explique l'art. 1325 en disant qu'il est fondé sur une *présomption de volonté* des contractants : comme ils n'ont pas dû vouloir se créer des situations inégales, le législateur présume que l'acte fait simple ne constatait qu'un projet de convention, et c'est pour cela qu'il le frappe d'inefficacité. Cette manière de voir ne nous paraît pas exacte. Nul texte n'établit une telle présomption; on n'en trouve même aucune trace dans les travaux préparatoires. D'ailleurs elle conduirait à cette conséquence, difficile à admettre, qu'il dépendrait des contractants d'écarter la disposition protectrice de l'art. 1325, en déclarant dans l'acte que, bien qu'ils n'aient rédigé qu'un simple original, ils ont néanmoins voulu s'engager définitivement [2].

2282. Le nombre des originaux à dresser doit, dit la loi, être égal à celui des parties ayant un intérêt *distinct*, ou mieux peut-être un intérêt *opposé*. Un seul original suffit pour toutes les personnes ayant le même intérêt. Or, quand plus de deux personnes figurent dans une convention synallagmatique, doivent seules être considérées comme ayant un intérêt distinct, celles qui se trouvent réciproquement obligées les unes envers les autres par l'effet immédiat et direct du contrat. On doit, au contraire, considérer comme ayant le même intérêt et ne for-

[1] Delvincourt, II, p. 615; Duranton, III, n. 164; Larombière, VI, p. 39 (art. 1325, n. 10 *in fine*); Laurent, XIX, n. 209; Huc, VIII, n. 238; Planiol, II, 1re édit., n. 1194, 2e et 3e édit., n. 1144.

[2] V. Laurent, *loc. cit.* — Cpr. Marcadé, V, sur l'art. 1347, V, al. 5 et 6; Aubry et Rau, VIII, p. 224, note 13. — Zachariæ (§ 752, notes 9 et 11) et Demolombe (XXIX, n. 426) admettent l'existence d'une *présomption légale,* mais ils ne formulent pas cette présomption dans les mêmes termes. — Mourlon s'est rangé à l'avis de Zachariæ. V. Mourlon, II, n. 1551. — En réalité, l'explication de Marcadé et d'Aubry et Rau ne diffère guère de celle de Zachariæ, V. Laurent, *loc. cit.*

mant ensemble qu'une seule partie les contractants auxquels la convention n'impose pas dès l'origine des obligations réciproques. Et peu importe qu'ils puissent avoir dans l'avenir, par suite de l'exécution du contrat, des intérêts distincts; ce qui arrivera si elle donne lieu soit à des opérations de partage, de liquidation ou de règlement de compte, soit à une action en recours et indemnité.

Il n'est pas impossible, sans doute, que le contractant qui a reçu un des exemplaires à la fois pour lui et pour ses coïntéressés, le fasse disparaître à la suite d'une collusion avec l'autre partie; mais ce n'est pas pour prévenir ce danger que le législateur a écrit l'art. 1325, et, d'ailleurs, les coïntéressés frustrés n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes s'ils ont mal placé leur confiance (1).

Ainsi quatre personnes, copropriétaires par indivis d'un immeuble, le vendent conjointement : il suffira de rédiger deux originaux, l'un pour l'acheteur et l'autre pour les covendeurs, parce que, s'ils ont chacun un intérêt particulier, cet intérêt est semblable, commun (2).

Au contraire, si lesdits copropriétaires procèdent au partage de l'immeuble, l'acte sous seing privé par lequel ils constateront le partage devra être dressé en quatre originaux, parce que chaque copropriétaire a ici un intérêt opposé à celui des autres (3).

(1) Duranton, XIII, n. 154; Zachariæ, § 752, texte et note 7; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 228, texte et note 25; Larombière, VI, p. 50-52 (art. 1325, n. 23); Demolombe, XXIX, n. 407; Laurent, XIX, n. 210; Huc, VIII, n. 239, p. 298.

(2) Duranton, Laurent, Huc, *loc. cit.*: Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 229; Larombière, VI, p. 52 (art. 1325, n. 23); Demolombe, XXIX, n. 408; Planiol, II, 1re édit., n. 1195, al. 2, 2e et 3e édit., n. 1145, al. 2. — Amiens, 24 prairial an XIII, S. chr., II. 1. 62, col. 3, D., *Répert. alph.*, vo *Oblig.*, n. 4036.

(3) Voici quelques autres applications des mêmes principes :

1o Quand plusieurs enfants, agissant comme héritiers de leur père, font avec leur mère une convention relative à ses reprises matrimoniales, ils doivent être considérés comme une même personne, et, par suite, il suffit que l'acte sous seing privé qui constate cette convention soit rédigé en deux exemplaires. Aubry et Rau, Demolombe, *loc. cit.* — Req., 2 mars 1808, S. chr., II. 1. 494, col. 3. — 2o De même, plusieurs associés traitant avec un tiers pour des affaires de la société n'ont qu'un seul intérêt dans le sens de l'art. 1325. Aubry et Rau, Larombière, Demolombe, *loc. cit.* — 3o Pareillement, lorsqu'on dresse un acte sous seing privé pour constater une société en commandite, les associés commanditaires d'une part et les

β. *Mention du nombre des originaux.*

2283. Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui ont été dressés : *Fait double, triple* ou *Rédigé en double, en triple original...*, ou toute autre formule équivalente; cette mention a pour but de permettre à chaque partie de prouver, le cas échéant, qu'il a bien été dressé un nombre d'originaux égal à celui prescrit par l'art. 1325. En effet l'original qu'elle a entre les mains contient une déclaration signée par tous ses cocontractants, un aveu écrit par conséquent, attestant que la formalité a été remplie. En d'autres termes, grâce à la mention exigée par l'art. 1325, l'une des parties ne pourra pas frapper l'écrit présenté par l'autre d'invalidité, en faisant disparaître l'original qu'elle a en sa possession et en soutenant qu'il ne lui en a jamais été remis.

2284. L'alinéa 3 de l'art. 1325 dit : « *Chaque* original doit contenir la mention... ». L'absence de mention sur un seul des originaux suffit donc pour rendre l'acte nul. Peu importe que tous les autres soient réguliers. La partie qui a reçu l'exemplaire dépourvu de mention, ne peut pas, il est vrai, le supprimer, sans s'exposer à être convaincue de mauvaise foi, car celles qui détiennent les originaux réguliers, les lui opposeraient; mais ces dernières pourraient, au contraire, en

associés gérants d'autre part ne constituent que deux parties ayant un intérêt distinct. Duranton, XIII, n. 54; Aubry et Rau, Demolombe, *loc. cit.* — Req., 20 décembre 1830, S., 31. 1. 38, D., *op. cit.*, v° *Société*, n. 1123. — 4° Il faut aussi envisager comme une même personne les créanciers ou codébiteurs solidaires. — 5° Nous en dirons autant du débiteur principal, de ses cautions et des certificateurs de cautions. — Alger, 23 mars 1899, *Rev. algér. et tunis.*, 1899, 502. — 6° Même solution pour les personnes qui contractent conjointement une obligation indivisible. Metz, 6 mars 1817, Dalloz, *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 589.

D'après la plupart des auteurs, quand une femme mariée s'engage, envers un tiers, solidairement avec son mari ou comme sa caution, par acte sous signature privée, il suffit de rédiger deux originaux, l'un pour le tiers, l'autre pour les époux. En vain a-t-on objecté que l'engagement donne immédiatement naissance, au profit de la femme, à une hypothèque légale sur les biens de son mari, pour la garantie de l'indemnité qui pourra lui être due par ce dernier. Il ne s'ensuit point que la femme ait, au regard du tiers, un intérêt distinct de celui de son mari. La convention constatée par l'acte dont nous parlons n'a nullement trait aux rapports qui pourront résulter, entre les époux, de son exécution ultérieure. *Sic* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 229; Larombière, VI, p. 52 (art. 1325, n. 23 *in fine*); Demolombe, XXIX, n. 409. — *Contra* Laurent, XIX, n. 211. — Req., 25 août 1853, S., 55. 1. 94, D. P., 54. 1. 105.

supprimant frauduleusement leurs exemplaires, empêcher l'autre partie de prouver la convention. Il n'y a donc pas égalité de situation entre les parties quant à la preuve [1].

2285. D'après certains commentateurs du Code civil et d'après la jurisprudence, la mention que l'acte sous seing privé a été dressé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, sans indication précise du nombre des exemplaires, satisferait aux exigences de l'art. 1325. Mais plusieurs auteurs sont d'un avis contraire, et nous estimons qu'ils ont raison. La première solution n'est conforme ni au texte ni à l'esprit de la loi. L'art. 1325 porte que « chaque original doit contenir la mention du *nombre* des originaux qui en ont été faits ».

Et le sens de cette disposition est d'autant plus clair que le dernier alinéa du même article ajoute : « Néanmoins le défaut de mention que les originaux ont été faits *doubles, triples,* etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté, de sa part, la convention portée dans l'acte ». Ajoutons que les termes de l'art. 1325 concordent parfaitement avec l'intention du législateur : « Il faut aussi, disait Bigot-Préameneu, que, dans chaque original, il soit énoncé *en combien de doubles il a été fait,* afin que chaque partie ne puisse pas nier qu'elle ait eu le sien » [2]. Et cela se comprend aisément : il se peut que les rédacteurs de l'acte aient cru à tort que l'intérêt de l'un des contractants n'était pas opposé à celui des autres. La mention que nous critiquons ne garantit donc pas nécessairement que chaque partie ayant un intérêt distinct a reçu un original. Donc, si l'un des contractants est de mauvaise foi, rien ne l'empêchera de soutenir, contrairement à la vérité, qu'il n'a pas été pourvu d'un double, et l'on ne pourra établir son mensonge en lui opposant la mention conçue dans les termes sus-indiqués [3].

(1) Larombière, VI, p. 55 (art. 1325, n. 27); Demolombe, XXIX, n. 416.

(2) Fenet, XIII, p. 293 *in fine,* Locré, XII, p. 397, n. 193, al. 2. — V. aussi le rapport de Jaubert, Fenet, XIII, p. 382, Locré, XII, p. 513, n. 11, al. 5, et le discours de Mouricault, Fenet, XIII, p. 441, Locré, XII, p. 580, n. 47, al. 7.

(3) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 288 *bis*-VI; Demolombe, XXIX, n. 420; Laurent, XIX, n. 215. — Cpr. Huc, VIII, n. 240 *in fine.* — *Contra* Marcadé, V, sur l'art. 1325, II; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 230; Bonnier, *op. cit.,* n. 686;

Cependant une pareille mention équivaut réellement à celle du nombre des originaux, s'il n'y a que deux parties. Elle prouve en effet que l'acte a été rédigé en deux exemplaires au moins; or, dans l'hypothèse, ce nombre suffit [1].

2286. Si la mention que l'acte a été rédigé en plusieurs originaux était mensongère, elle ne couvrirait pas le vice résultant de l'inaccomplissement de la formalité des doubles. Les parties pourraient, par conséquent, prouver que l'acte n'a été dressé qu'en un seul exemplaire, et, si elles faisaient cette preuve, il devrait être déclaré nul, nonobstant la mention contraire.

Elles ne seraient pas obligées de s'inscrire en faux, car il s'agit d'une déclaration par laquelle de simples particuliers affirment avoir accompli une formalité prescrite par la loi. Or, une pareille déclaration ne fait foi que jusqu'à preuve contraire. Mais les parties ne seraient recevables à établir la fausseté de la mention que conformément aux principes généraux, c'est-à-dire par écrit, par témoins ou par présomptions avec un commencement de preuve par écrit, par l'aveu ou par le serment. C'est qu'en effet l'acte ferait foi de la réalité des faits par lui énoncés, et il s'agirait de prouver contre sa teneur [2].

2287. Les conditions de forme que nous venons d'étudier sont les seules requises pour les actes sous seing privé constatant des conventions synallagmatiques. Sauf en ce qui les regarde, ces écrits demeurent soumis au même régime que les actes sous seing privé en général. Il suffit donc, si nous exceptons les dispositions de l'art. 1325, qu'ils soient revêtus de la signature des parties. De là ces conséquences :

Larombière, VI, p. 54 (art. 1325, n. 26); Planiol, II, 2e et 3e édit., n. 1152; Lyon, 18 fév. 1832, joint à Req., 4 juill. 1833, S., 33. 1. 757, D., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 4049, 3833. — Bordeaux, 22 mai 1832, D., *op.* et vo *cit.*, n. 4049, 4060-4o.

[1] Laurent, *loc. cit.* — Trib. civ. Langres, 15 mars 1900, D. P., 1900. 2. 422. — Cpr. Orléans, 11 mars 1858, D. P., 61. 5. 382.

[2] Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 230; Larombière, VI, p. 55 (art. 1325, n. 28); Demolombe, XXIX, n. 417; Laurent, XIX, n. 216. — Cpr. Bordeaux, 23 déc. 1843, S., 44. 2. 290, D., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 4070-2o. — Civ. cass., 13 juin 1881, S., 84. 1. 22, D. P., 82. 1. 474. — V. aussi Caen, 20 nov. 1828, D., *Rép. alph.*, vo *cit.*, n. 4053-2o.

α. Rien ne s'oppose à ce que chacun des originaux soit écrit d'une main différente ou par un tiers étranger au contrat, et, alors même que le corps de l'acte a été écrit par une autre personne, les parties ne sont nullement tenues de faire précéder leur signature de quelqu'une de ces formules, qui sont cependant fort en usage : « *Approuvant l'écriture ci-dessus* », « *Approuvant la présente couvention, quoique non écrite de ma main* », « *Approuvant ce que dessus et d'autre part* », « *Bon pour bail* », « *Bon pour vente* », etc. (1).

β. Et si l'on suppose que l'une des parties s'engage à payer une somme d'argent ou une certaine quantité de choses qui se déterminent au compte, au poids ou à la mesure, elle n'est pas obligée d'apposer le *Bon* ou *Approuvé*, conformément à l'art. 1326. On verra, en effet, que cet article s'applique exclusivement à des conventions unilatérales (2).

γ. Pas plus dans les actes sous seing privé constatant des conventions bilatérales que dans les autres, il n'est besoin de mettre les sommes en toutes lettres, bien qu'en pratique il soit sage de prendre cette précaution, à raison de la facilité avec laquelle on peut ajouter, supprimer ou surcharger des chiffres (3).

3° Conséquences de l'inobservation des formalités exigées par l'art. 1325.

2288. La rédaction de l'acte en double, triple... et la mention du nombre des originaux sont prescrites, nous l'avons déjà dit, à peine de nullité. Il faut préciser maintenant le caractère de cette nullité. Ce qui est nul, c'est l'*acte*, l'écrit qui ne satisfait pas aux prescriptions de la loi ; il n'a aucune force probante. Mais la nullité de l'acte n'entraîne pas celle de la *convention*, car l'art. 1325 ne résout qu'une question de preuve ; chacun des contractants conserve donc le droit d'établir la conclusion du contrat en dehors de l'acte déclaré non valable, suivant les règles du droit commun.

(1) Duranton, XIII, n. 157 ; Larombière, VI, p. 60 (art. 1325, n. 34). — Limoges, 17 juin 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 2. 255. — Toutefois, au point de vue pratique, ces formules ont leur raison d'être. On conçoit, en effet, que la signature précédée de l'une d'elles ne puisse pas être aussi facilement déniée. Duranton, *ibid.*

(2) Duranton, XIII, n. 158 ; Larombière, *loc. cit.* — V. *infra*, n. 2304.

(3) Duranton, XIII, n. 159. — V. *supra*, n. 2184.

Notre législation actuelle, on le sait, ne se montre pas aussi sévère que la jurisprudence française du XVIIIe siècle, à laquelle la disposition de l'art. 1325 a été empruntée. Le Parlement de Paris, qui, le premier, imposa la formalité du double original, décidait, comme nous l'avons vu [1], que l'accomplissement de cette formalité était essentiel à la validité même de la convention, et il en concluait logiquement qu'en son absence la convention restait sans effet, quand même son existence serait avouée par les parties, quand même elle aurait été volontairement exécutée par l'une d'elles. Il y avait une rigueur exagérée à faire dépendre ainsi l'existence du droit de la simple observation d'une règle de preuve. Aussi le législateur de 1804 se garde-t-il bien de prononcer la nullité du contrat : il se borne à déclarer non valables « *les actes sous seing privé,* qui contiennent des conventions synallagmatiques », et, tirant lui-même une conséquence du nouveau principe qu'il consacre, il déclare, dans le dernier alinéa de l'art. 1325, que l'exécution de la convention par l'une des parties l'empêche d'opposer à l'autre le vice de forme dont l'acte est entaché. Cette interprétation est adoptée par tous les auteurs [2], à la seule exception de Demolombe [3].

2289. Elle conduit aux propositions suivantes :

1° La partie qui reconnaît que le contrat s'est formé, ne peut pas se fonder, pour refuser de l'exécuter, sur ce que l'acte sous seing privé qui a été dressé pour le constater n'a pas été fait double ; car l'existence de la convention se trouve alors établie par une preuve indépendante de l'écrit, l'aveu même de la partie [4].

[1] V. *supra,* n. 2272.

[2] Dareau, *Rép.* de Merlin, v° *Double écrit,* n. 8; Toullier, VIII, n. 318; Marcadé, V, sur l'art. 1325, I; Taulier, IV, p. 477; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 503, § 590, texte et note 13; Bonnier, n. 685; Mourlon, II, n. 1552; Colmet de Santerre, V, n. 288 *bis*-IX; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 231, texte et note 36; Laurent, XIX, n. 227; Arntz, III, n. 321; Thiry, III, n. 129; Huc, VIII, n. 241; Planiol, II, 1re édit., n. 1199, 2e et 3e édit., n. 1148; Turin, 6 mai 1806, S. chr., II. 2. 143, col. 2. — Trib. civ. Charolles, 9 mai 1901, *Gaz. Trib.*, 1901, 2e sem., 2. 151.

[3] Demolombe, XXIX, n. 419 et 426. — V., pour la réfutation de sa théorie, Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 224-225 en note.

[4] Req., 16 mai 1859, S., 59. 1. 611, D. P.. 59. 1. 373. — V. aussi Bruxelles,

2° Si la convention est niée, le contractant qui en poursuit l'exécution pourra déférer à son adversaire le serment litis-décisoire, et, si celui-ci refuse de le prêter ou de le déférer, la conclusion du contrat se trouvera ainsi prouvée, sans qu'on ait recours à l'écrit (art. 1358 et s.). On pourra arriver au même résultat au moyen de l'interrogatoire sur faits et articles (C. pr., art. 324 et s.).

3° La convention peut aussi être prouvée par témoins, lorsque son objet n'excède pas la valeur de 150 fr. (art. 1341), et même dans tous les cas, s'il y a un commencement de preuve par écrit (art. 1347) (1).

2290. Cette dernière solution est incontestable, quand le commencement de preuve résulte de tout autre écrit que de l'acte qui a été irrégulièrement dressé pour constater le contrat. Mais c'est une question encore vivement débattue que celle de savoir si cet acte irrégulier peut servir lui-même de commencement de preuve. La négative, quoique généralement repoussée en doctrine et en jurisprudence, nous paraît plus conforme au texte et aux motifs de la loi. — Dire, comme l'a fait l'art. 1325, que l'acte n'est pas valable, c'est dire en d'autres termes que l'acte n'a aucune valeur comme preuve, qu'il ne prouve pas du tout; or, s'il constituait un commencement de preuve, il aurait donc quelque valeur! D'après l'opinion contraire, il est vrai, l'article signifie seulement que l'acte qu'il déclare non valable ne fait pas pleine foi, preuve complète : ce qui ne l'empêche pas de valoir comme commencement de preuve. C'est reconnaître qu'il rend vraisemblable la convention alléguée; il faudra donc aller jusqu'à dire que le juge pourra s'appuyer sur cet acte pour accepter les simples présomptions, pour déférer le serment supplétoire (art. 1367). Mais alors voilà un écrit que la loi frappe d'invalidité, c'est-à-dire qu'elle destitue de tout effet probatoire, et qui aura cependant l'effet de faire demi-preuve. Cette distinction, qui admet des degrés dans la force probante d'un acte déclaré nul purement et simplement, est sûrement arbi-

9 janv. 1813, S. chr., VI. 2. 228, col. 3, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4052-1°. — Amiens, 23 juill. 1874, S., 75. 2. 333, D. P., 76. 2. 201.

(1) V. les autorités citées, *supra*, p. 27, note 2.

traire. — D'un autre côté, le but essentiel de notre disposition a été de maintenir entre les parties, qui ont passé acte de leurs conventions, l'égalité de position judiciaire; or cette égalité sera détruite, si l'acte fait simple vaut commencement de preuve, puisque celle des parties qui aura en possession l'unique exemplaire, étant seule reçue à faire la preuve par témoins, sera mieux armée que son adversaire. Il est assurément permis à l'un des contractants de puiser dans des circonstances étrangères à l'acte des moyens de preuve que l'autre n'aura pas, et par exemple un commencement de preuve par écrit. Mais il n'y a pas là matière à une objection contre nous; car, ainsi que nous l'avons expliqué, c'est au point de vue de l'*acte* lui-même que le législateur a voulu mettre les parties sur le pied d'une égalité parfaite, et ce résultat ne peut être obtenu que si on considère l'acte comme dénué de toute valeur. Peu importe maintenant que l'acte irrégulier pour inobservation de la formalité du double original réunisse toutes les conditions du commencement de preuve par écrit telles qu'elles sont définies par l'article 1347. Par une mesure d'exception prise dans l'intérêt de l'ordre public, la loi lui enlève, dans le cas qui nous occupe, toute force probante (1).

(1) *Sic* Duranton, XIII, n. 164; Favard, *Répert.*, v° *Acte sous seing privé*, sect. I, § 2, n. 10; Zachariæ, § 752, texte et note 11; Chardon, *Dol et fraude*, I, n. 125; Coulon, *Quest. de dr.*, I, p. 113; de Folleville, *Du paiement du prix par l'acheteur en matière de vente*, n. 1, *Rev. prat. de dr. franç.*. XXXIX (1875), p. 506; Devilleneuve et Massé, *Dict. du cont. comm.*, v° *Compromis*, n. 60; Mourlon, II, n. 1552 *in fine*; Demolombe, XXIX, n. 429, et XXX, n. 139 *in fine*. — Colmar, 6 mars 1813, S. chr., IV. 2. 268, col. 3 *in fine*, D., *Répert. alph.* v° *Oblig.*, n. 4055-1°. — Aix, 23 nov. 1813, S., IV. 2. 363. — Amiens, 15 juill. 1826, S. chr., VIII. 2. 260, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4055-2°. — Bourges, 29 mars 1831, S., 32. 2. 82., D., *ibid.* — Bastia, 11 juill. 1838, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4055-2°, 4007-3°. — *Contra* Toullier, VIII, n. 322, IX, n. 84 et 85; Dareau, *Répert.* de Merlin, v° *Double écrit*, n. 8-3°; Delvincourt, II, p. 615; Boncenne, *Th. de la proc.*, IV, n. 197; Troplong, *Vente*, I, n. 33; Solon, *Th. des nullités*, II, n. 29 s.; Marcadé, V, sur l'art. 1347, n. 5; Bonnier, *op. cit.*, n. 689; Massé, *Dr. comm.*, IV, n. 2432; Larombière, VI, p. 62-65 (art. 1325, n. 38); Pont, *Rev. crit.*, 1864, XXV, p. 181; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 231, texte et note 38; Laurent, XIX, n. 529; Arntz, III, n. 322; Thiry, III, n. 128; Huc, VIII, n. 242; Planiol, II, 1re édit., n. 1200, 2e et 3e édit., n. 1149. — Bordeaux, 3 mars 1826, S. chr., VIII. 1. 203, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4056. — Besançon, 12 juin 1828, S. chr., IX. 2. 95, D., *ibid.* — Bordeaux, 28 mai 1834, joint à Req., 25 fév. 1835, D., *op.* et

2291. La seconde des formalités prescrites par l'art. 1325 est, aussi bien que la première, exigée à peine de nullité. Ainsi, pour que l'acte soit valable, il ne suffit pas qu'on ait remis un original à chaque partie ayant un intérêt distinct. Il faut, de plus, mentionner sur l'acte le nombre d'originaux dressés. Cette mention est une condition de validité de l'écrit. Sa nécessité est le corollaire de la première formalité, car, en l'absence d'une pareille mention, chacune des parties pourrait, en supprimant son exemplaire, soutenir que l'acte n'a pas été rédigé en double. C'est ce que faisait observer très bien Bigot-Préameneu : « Il faut aussi, disait-il, que, dans chaque original, il soit énoncé en combien de doubles il a été fait, *afin que chaque partie ne puisse pas nier qu'elle ait eu le sien* » (1). On voit que le défaut de mention mettrait les contractants dans la même situation que si la première formalité n'avait pas été accomplie. Le texte même de l'art. 1325 suppose bien que cette irrégularité a pour sanction la nullité, car il dispose que, dans le cas d'exécution, le vice de l'acte sera couvert. Tout cela, d'ailleurs, est parfaitement expliqué par le tribun Jaubert, qui s'exprime ainsi : « *L'omission de cette mention empêcherait que l'acte ne fût valable.* Dans l'état actuel de la jurisprudence, qui a consacré les mêmes règles, on juge avec grande raison que l'omission du *fait double* rend l'acte *nul, quand bien même l'existence des deux originaux ne serait pas équivoque.* Mais le défaut de mention *fait double* pourrait-il être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte? Sur ce point il y avait diversité dans la jurisprudence. Quelques tribunaux avaient cru devoir s'attacher si strictement à la règle qu'ils déclaraient

v° *cit.*, n. 4070-1°. — Grenoble, 2 août 1839, S., 40. 2. 196. — Poitiers, 3 janv. 1843, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4056. — Liège, 10 janv. 1844, D. *ibid.* — Nîmes, 18 nov. 1851, S., 52. 2. 363, D. P., 54. 5. 597. — Civ. cass., 28 nov. 1864, S., 65. 1. 5, D. P., 65. 1. 105. — Lyon, 13 mai 1876, joint à Req., 23 avril 1877, S., 78. 1. 399, D. P., 77. 1. 366. — Liège, 5 mars 1879, *Pasicr.*, 79. 2. 267. — Bordeaux, 1er avril 1889, D. P., 90. 2. 15. — Paris, 6 nov. 1891, *Droit*, 1er déc. 1891. — Besançon, 1er fév. 1893, D. P., 93. 2. 590. — Trib. civ. Langres, 15 mars 1900 (motifs), D. P., 1900. 2. 422. — Trib. civ. Tours, 23 fév. 1900, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e sem., 2. 25. — Trib. civ. Charolles, 9 mai 1901, *Gaz. Trib.*, 1901, 2e sem., 2. 151.

(1) Fenet, XIII, p. 293 *in fine* : Locré, XII, p. 397, n. 193, al. 2.

la nullité, même au profit de celui qui avait exécuté. Il a paru à votre section que le projet avait adopté une sage limitation en établissant une fin de non recevoir contre celui qui aurait lui-même exécuté. Comment pourrait-il se plaindre, après avoir agi en vertu de l'acte et conséquemment *renoncé au moyen qu'il aurait pu tirer de la nullité?* » (1). Au surplus, ainsi qu'on l'a vu (2), la jurisprudence créée par le Parlement de Paris au XVIIIe siècle attribuait le même effet à l'absence de mention qu'au défaut de pluralité d'originaux (3).

Vainement serait-il établi que l'acte non revêtu de la mention du nombre des originaux a été cependant rédigé en autant d'exemplaires qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Cette circonstance ne saurait être considérée comme un équipollent de la mention. Jaubert, dans le passage que nous venons de citer, le déclare formellement. Les parties ne seraient donc pas recevables à prouver que l'acte a été fait double, triple, etc. Cette preuve, même administrée par écrit, ne pourrait pas couvrir le vice de forme résultant de ce que la mention a été omise, puisque celle-ci, nous l'avons démontré, est prescrite sous peine de nullité (4).

2292. Cependant une partie de la doctrine et la cour suprême admettent que l'irrégularité dont nous parlons est réparée quand tous les originaux sont représentés. N'est-il pas alors matériellement démontré, nonobstant l'absence de mention, qu'il a été satisfait aux prescriptions de la loi en ce qui concerne la confection des doubles (5)? Colmet de Santerre objecte : 1° que la situation des parties était, néanmoins, inégale, l'une d'elles pouvant supprimer son exemplaire, et que, par suite, on est bien dans le cas prévu par l'alinéa 3 de

(1) Fenet, XIII, p. 383; Locré, XII, p. 512, n. 11, al. 6 à 10.

(2) V. *supra*, n. 2272.

(3) Marcadé, V, sur l'art. 1325, I, al. 3; Mourlon, II, n. 1544; Colmet de Santerre, V, n. 288 *bis*-VI; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 230, texte et note 34, et p. 232; Larombière, VI, p. 56 (art. 1325, n. 29); Demolombe, XXIX, n. 415, 416 et 418; Laurent, XIX, n. 217; Planiol, 1re édit., n. 1203 *in fine*, 2e et 3e édit., n. 1152 *in fine*.

(4) Aubry et Rau, Larombière, Laurent, *loc. cit.*

(5) Civ. cass., 13 juin 1883, S., 84. 1. 329, D. P., 84. 1. 38. — V. dans le même sens Marcadé, V, sur l'art. 1325, II, al. 5; Bonnier, *op. cit.*, n. 686 *in fine*: Planiol, II, 1re édit., n. 1204-2°, 2e et 3e édit., n. 1153-2°.

l'art. 1325; 2° que si l'acte était valable ou nul, suivant que tous les originaux sont produits ou non, sa force probante dépendrait du hasard, ce qui est inadmissible (1). Ces objections ne manquent pas de force.

2293. L'art. 1325, dans son alinéa 3, dont nous avons déjà dit quelques mots, dispose en ces termes : « *Néanmoins le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte* ». D'après nous, voici comment s'explique cette disposition : si le législateur exige les formalités de l'art. 1325, c'est pour empêcher que les parties puissent nier l'existence de la convention. Or la partie qui a exécuté la convention, ne peut plus en nier l'existence. Dans cette situation, les formalités dont il s'agit deviennent inutiles, et il n'y a plus de raison désormais pour que l'acte ne prouve pas la convention (2).

2294. Le quatrième alinéa de l'article 1325 ne parle que de l'absence de mention de la rédaction en double. Il faut se garder d'en conclure *a contrario,* comme on l'a fait, que, si l'exécution du contrat répare l'omission de cette mention, elle ne saurait effacer le vice résultant du défaut de pluralité d'originaux. Il n'existe, en effet, aucune raison de distinguer entre les deux cas. Dans l'un comme dans l'autre, c'est simplement la preuve littérale qui manque, et elle doit pouvoir être remplacée par l'aveu. Au surplus, au point de vue pratique, lorsqu'on n'a pas mentionné sur chaque exemplaire de l'acte le nombre des originaux, la situation est la même que si l'acte n'avait pas été rédigé en double, car chaque partie peut, en supprimant son titre, soutenir qu'il en a été ainsi. On comprend donc qu'aux yeux des auteurs du Code les deux hypothèses se soient confondues (3).

(1) Colmet de Santerre, V, n. 288 *bis*-VI, al. 2. — V. aussi Laurent, *loc. cit.*

(2) Laurent, XIX, n. 230. — Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 288 *bis*-IX.

(3) Toullier, VIII, n. 333; Duranton, XIII, n. 161; Bonnier, *op. cit.*, n. 686; Marcadé, V, sur l'art. 1325, II, al. 4; Colmet de Santerre, V, n. 288 *bis*-IX; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 232, texte et note 39; Larombière, VI, p. 59 (art. 1325, n. 33); Demolombe, XXIX, n. 435; Laurent, XIX, n. 231; Thiry, III, n. 130 *in fine;* Huc, VIII, n. 244 *in fine.* — Turin, 6 mai 1806, S. chr., II. 2. 143. — Req., 7 oct. 1813, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4063. — Civ. cass., 15 fév. 1814, S. chr.,

2295. Le vice résultant soit du défaut de mention, soit de la rédaction en un seul original, est purgé d'une manière absolue, si la convention a été exécutée par toutes les parties contractantes. Il n'en est plus ainsi au cas d'exécution unilatérale : alors la partie qui a exécuté est la seule qui ne puisse plus se prévaloir du défaut de mention ou de pluralité d'originaux ; ce droit continue d'appartenir aux autres parties qui ne peuvent pas en être privées par le fait d'autrui (1). Au reste, le cas d'exécution unilatérale se présentera assez rarement dans les conventions synallagmatiques, parce que les faits d'exécution sont presque toujours communs aux deux parties. Dans la vente, par exemple, si l'acheteur exécute en payant le prix, le vendeur concourt à l'exécution en le recevant (2). Le contraire peut cependant exister. Ainsi je vous ai vendu un immeuble moyennant une somme de... que vous deviez payer entre les mains d'un tiers. Le paiement que vous ferez à ce dernier constituera bien un acte d'exécution de votre part, mais non de la mienne. Tel serait encore le cas d'un compromis pour lequel on n'aurait pas observé les formalités de l'art. 1325 : la remise des pièces, faite aux arbitres par l'un des intéres-

IV. 1. 536, D., *op. cit.*, v° *Arbitrage*, n. 410. — Agen, 13 janv. 1820, S., chr., VI. 2. 182, col. 3, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4060-1°. — Req., 1er mars 1830, S. chr., IX. 1. 469, D., *op.* et v° *cit.*, n. 34. — Req., 29 mars 1852, S., 52. 1. 385, D. P., 54. 1. 392. — Riom, 13 juin 1855, S., 56. 2. 273, D., *op.* v° *cit.*, n. 4060-6°. — Liège, 5 juill. 1871, *Pasicrisie*, 71. 2. 354. — Req., 26 nov. 1878, S., 79. 1. 445, D. P., 79. 1. 302. — Lyon, 23 nov. 1889, D. P., 91. 2. 80. — Paris, 31 déc. 1895, D. P., 96. 2. 360. — Bordeaux, 8 avril 1897, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 97. 1. 301. — Trib. civ. Tours, 23 fév. 1900, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e sem., 2. 25. — Limoges, 23 avril 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 323. — Rennes, 7 mars 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 487. — V. cependant Bruxelles, 2 déc. 1807, S. chr., II. 2. 308, D., *Rép. alph.*, v° *Vente*, n. 78. — Gênes, 12 déc. 1810, S. chr., III. 2. 369, col. 3, D., *op. cit.*, v° *Arbitre*, n. 410. — M. Planiol s'exprime ainsi : « Quand les originaux ont été réellement faits doubles, triples, etc..., le vice résultant du défaut de mention est moins grave que si l'acte avait été dressé en simple. *Aussi* peut-il se couvrir dans deux cas : 1° Lorsque l'une des parties a exécuté la convention en ce qui la concerne (art. 1325, al. 4)... », II, 1re édit., n. 1204, 2e et 3e édit., n. 1153. Il semble bien résulter de ce passage que, d'après notre savant collègue, l'exécution n'efface pas le vice provenant de ce que l'acte n'a pas été rédigé en double.

(1) Paris, 11 mai 1887, joint à Civ. rej., 24 juin 1889 (compromis), S., 92. 1. 493, D. P., 90. 1. 28.

(2) Toullier, VIII, n. 341 ; Duranton, XIII, n. 162 ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 233, texte et note 41 ; Larombière, VI, p. 56-58 (art. 1325, n. 30).

sés, est, de sa part, un commencement d'exécution ; mais elle n'implique nullement exécution de la part de l'autre (1).

2296. Notons qu'en principe l'irrégularité est couverte même par une exécution simplement partielle, telle que le paiement d'une portion du prix, car, en général, une pareille exécution implique, tout aussi bien qu'une exécution totale, l'aveu de l'existence du contrat (2).

2297. Il ne faut tenir compte, d'ailleurs, que des faits d'exécution postérieurs à la rédaction de l'acte. On ne pourrait même pas prendre en considération ceux qui seraient constatés par celui-ci. Du moment que l'acte ne saurait prouver la convention, il ne saurait davantage prouver son exécution, car, s'il en était autrement, il prouverait en réalité, la convention même (3).

2298. La formalité du double écrit peut être remplacée par le dépôt, que les parties font d'un commun accord, entre les mains soit d'un notaire (4), soit d'un simple particulier (5), de l'original unique qu'elles ont dressé pour constater

(1) Grenoble, 8 avril 1829, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4068. — D'après la plupart des auteurs, celle des parties qui produit elle-même, à l'appui d'une prétention, l'original qu'elle a entre les mains, ne saurait opposer le défaut de mention. Marcadé, V, sur l'art. 1325, II; Colmet de Santerre, V, n. 288 *bis*-VI *in fine*; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 230; Bonnier, *op. cit.*, n. 686; Laurent, XIX, n. 229. — V. cependant Demolombe, XXIX, n. 419.

(2) Toullier, VIII, n. 334; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 233; Larombière, VI, p. 56 (art. 1325, n. 30, al. 2); Demolombe, XXIX, n. 438; Laurent, XIX, n. 232; Huc, VIII, n. 244.

(3) Toullier, VIII, n. 335; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 233, texte et note 42; Larombière, VI, p. 58 (art. 1325, n. 32); Demolombe, XXIX, n. 439; Laurent, XIX, n. 234.

(4) *Sic* Planiol, II, 1re édit., n. 1201, 2e et 3e édit., n. 1150. — Req., 25 fév. 1835, S., 35. 1. 225, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4070-1°. — Bordeaux, 23 déc. 1843, S., 44. 2. 290, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4070-2°. — Req., 29 mars 1852, S., 52. 1. 385, D. P., 54. 1. 392. — Pau, 1er déc. 1886, D. P., 87. 2. 120. — Lyon, 17 nov. 1902, D. P., 1906. 2. 423. — Cpr. Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 234, texte et note 4; Larombière, VI, p. 67-69 (art. 1325, n. 42); Bonnier, *op. cit.*, n. 687; Demolombe, XXIX, n. 441-442; Laurent, XIX, n. 236. — Le dépôt d'un acte sous seing privé chez un notaire, du consentement de toutes les parties, répare l'omission de la formalité des doubles, alors même que ledit acte n'est pas porté au répertoire du notaire. Pau, 1er déc. 1886, précité.

(5) Aubry et Rau, Larombière et Planiol, *loc. cit.*: Bonnier, *op. cit.*, n. 687; Demolombe, XXIX, n. 442; Massé, *Droit comm.*, IV, n. 2419; Laurent, XIX, n. 237. — Grenoble, 2 août 1839, S., 40. 2. 196, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4077. —

une convention synallagmatique. Alors même que ce dépôt n'a pas été convenu au moment même du contrat, il couvre le vice de l'acte. Et, en effet, on arrive par ce moyen, quoique sous une autre forme, à l'égalité de situation que la loi a voulu établir entre les parties contractantes au point de vue de la preuve. *Adde* arg. art. 1318.

On peut admettre cette solution, même si l'on considère la formalité du double écrit comme touchant à l'ordre public. Ce qui est d'ordre public, c'est l'égalité de situation des parties au point de vue de la preuve, mais non le moyen employé pour réaliser cette égalité.

Il suffit, d'ailleurs, que le dépôt de l'acte sous seing privé aux mains d'un tiers soit certain ; il n'est pas besoin qu'un acte de dépôt soit dressé ni que l'acte déposé porte lui-même mention du dépôt (1).

Si le dépôt n'était fait que par une seule ou par quelques-unes des parties, il ne couvrirait le vice de l'acte qu'à leur égard (2). Et encore ne produirait-il cet effet que si, en l'opérant, elles avaient entendu assurer la conservation et la représentation de l'acte dans l'intérêt de tous les contractants. Il en serait donc autrement si le déposant avait agi seulement dans son intérêt personnel (3).

2299. L'inobservation de la règle de l'art. 1325 ne serait pas réparée d'une façon complète par la notification que l'une des parties ferait à l'autre, soit de l'acte lui-même, soit de son dépôt aux mains d'un tiers ; le vice de l'acte ne serait couvert que de la part du contractant qui aurait fait notifier. Le silence que l'autre partie garderait après cette notification ne saurait être considéré comme une adhésion (4).

Douai, 12 août 1847, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4051-2°. — Civ. cass., 12 déc. 1871, S., 71. 1. 191, D. P., 72. 1. 91. — Paris, 4 janv. 1877, S., 77. 2. 134. — Trib. civ. Tours, 23 fév. 1900, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e sem., 2. 25.

(1) Lyon, 17 nov. 1902, précité.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 234; Larombière, VI, p. 68 (art. 1325, n. 42, al. 3); Demolombe, XXIX, n. 443. — Bordeaux, 13 mars 1829, S., IX. 2. 230, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4071, et v° *Société*, n. 1123. — Cpr. Bourges, 27 juin 1823, S. chr., VIII. 2. 235, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3233. — Req., 20 déc. 1830, S., 31. 1. 38, D., *op. cit.*, v° *Société*, *ibid.*

(3) Larombière, *loc. cit.*

(4) *Sic* Bonnier, *op. cit.*, n. 687; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 235; Larom-

2300. La nullité résultant de ce que l'acte n'a pas été dressé en autant d'originaux qu'il convenait, ou de ce que le nombre d'originaux n'a pas été mentionné, ne peut être proposée que par les parties, car les formalités de l'art. 1325 n'ont été prescrites que dans leur intérêt. Les tiers n'ont pas qualité pour se prévaloir du vice de l'acte sous seing privé (1).

C'est ainsi que la nullité, pour inobservation de la règle de l'art. 1325, d'un acte sous seing privé constatant une cession de créance ne saurait être opposée au cessionnaire par le débiteur cédé qui, n'étant pas intervenu à la cession, n'est qu'un tiers (2).

2301. L'art. 1325 s'oppose-t-il à ce que les conventions synallagmatiques, par exemple les ventes, soient prouvées par la correspondance (3)? La difficulté vient de ce que, la plupart du temps, chaque partie n'a en main que des lettres missives constatant soit l'offre, soit la demande, et de ce que l'autre partie n'en possède pas le double. La négative est généralement enseignée. Quand les parties traitent par voie de correspondance, l'impossibilité même où elles se trouvent d'accomplir les formalités de l'art. 1325 montre qu'elles n'y sont pas tenues. Ce texte ne dispose que pour le cas où il y a rédaction d'un acte sous seing privé. Or autre chose est un pareil acte, et autre chose des lettres missives. Cela résulte de l'art. 109 C. com., car il dispose que les achats et ventes se constatent par actes publics, par actes sous signature privée, par la correspondance. Laurent répond que le Code civil

bière, VI, p. 66-67 (art. 1325, n. 41); Demolombe, XXIX, n. 440. — *Contra* Dareau, *Rép.* de Merlin, v° *Double écrit*, n. 2; Toullier, VIII, n. 325; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Double écrit*, n. 51.

(1) Laurent, XIX, n. 219; Huc, VIII, n. 244. — Paris, 13 août 1823, S. chr., VII. 2. 257, col. 2 *in fine*, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4048. — Pau, 18 fév. 1857, joint à Req., 22 juin 1858, S., 58. 1. 587, D. P., 58. 1. 243. — Rennes, 1er mai 1878, S., 79. 2. 197, D. P., 78. 2. 225. — Civ. cass., 22 oct. 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 481.

(2) Civ. cass., 22 oct. 1900, précité.

(3) La plupart des auteurs énoncent le problème en ces termes : L'art. 1325 interdit-il la faculté *de former un contrat synallagmatique* au moyen d'un échange de lettres? V. par ex. Larombière, VI, p. 70 (art. 1325, n. 44). C'est mal poser la question. La circonstance que les parties traitent par correspondance ne saurait évidemment faire obstacle à la formation du contrat. Il ne peut y avoir difficulté qu'au point de vue de la preuve. Laurent, XIX, n. 224; Valéry, *Des contr. par correspondance* n. 273.

ne renferme pas de disposition analogue à celle de l'art. 109 C. com. L'art. 1985, dit-il, est le seul texte du Code civil qui admette les lettres comme moyen de preuve; or il est spécial au mandat. Ce genre de preuve n'est donc autorisé que par exception. L'art. 1341, ajoute le même auteur, est, d'ailleurs, décisif. « *Il doit être passé acte* devant notaires ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs, etc... ». Ainsi la seule preuve littérale qui existe est celle par acte, et, lorsqu'on dresse acte d'une convention bilatérale, on doit accomplir les formalités de l'art. 1325; or elles sont incompatibles avec la correspondance (1).

Laurent paraît exagérer singulièrement la portée des art. 1341 et 1985. Remarquons d'abord que son interprétation de l'art. 1341 n'empêcherait pas que les contrats synallagmatiques pussent être constatés par des lettres missives quand l'intérêt n'excédait pas la somme de 150 francs. Or cette restriction ne s'expliquerait pas; la nécessité du double écrit n'est pas subordonnée à l'importance de l'intérêt dont il s'agit (2). Donc ou la constatation par voie de correspondance est toujours exclue, ou elle est toujours admise. La vérité, c'est que le but de l'art. 1341 est moins d'exiger la rédaction d'un acte proprement dit que d'interdire en principe la preuve testimoniale. Quant à l'argument tiré de l'art. 1985, la meilleure manière de le réfuter, c'est de montrer ses conséquences : obligé de partir précipitamment, je charge un ami de déposer chez vous un objet précieux, et vous m'écrivez une lettre où vous déclarez avoir reçu ce dépôt. Ou encore je vous fais remettre par un tiers une chose dont je vous consens un prêt à usage, et vous reconnaissez, par la voie de la correspondance, l'existence de ce commodat. Bien que les contrats dont il s'agit dans ces espèces soient unilatéraux, et que, par suite, ils ne soient pas assujettis à la formalité des doubles, la lettre envoyée au déposant ou au prêteur ne pourra pas, si l'on interprète l'art. 1985 comme le fait Laurent, constituer une preuve légale. En effet, une fois admis que

(1) Laurent, *loc. cit.* — Cpr. Duranton, XVI, n. 44. — Req., 21 décembre 1846, D. P., 47. 1. 19.

(2) V. *supra*, n. 2278.

ledit article a le caractère d'exception, cette solution s'impose. Mais il serait impossible de la justifier, puisqu'en principe, les actes sous seing privé ne sont soumis à aucune autre condition de forme que la signature et qu'il n'y a pas de raison, par conséquent, pour qu'ils ne puissent pas se présenter sous forme de lettres missives. Ainsi les arguments déduits par Laurent des art. 1341 et 1985 sont de ceux qui, prouvant trop, ne sont pas concluants. Enfin rappelons, en terminant, que la disposition de l'art. 1325 est contraire aux principes généraux; c'est une raison pour l'interpréter restrictivement (1).

Dans bien des cas, les lettres invoquées par l'une des parties ne renfermeront pas la preuve complète du contrat, mais elles vaudront, du moins, comme commencement de preuve par écrit (2). On remarquera que nous ne pourrions pas adopter cette solution si nous estimions que l'art. 1325 s'oppose à ce que les conventions synallagmatiques soient constatées par la voie de la correspondance. Nous avons, en effet, décidé plus haut que les actes sous seing privé faits en violation de la disposition de l'art. 1325 ne peuvent pas fournir de commencement de preuve par écrit (3).

b. Des actes sous seing privé destinés à constater certaines conventions unilatérales.

2302. Les actes sous seing privé, qui contiennent une promesse unilatérale ayant pour objet une somme d'argent ou des choses fongibles, sont, eux aussi, soumis à des formes particulières, que l'art. 1326 définit en ces termes : « *Le billet* » *ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie* » *s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou* » *une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main* » *de celui qui le souscrit; ou du moins il faut qu'outre sa* » *signature il ait écrit de sa main un* bon *ou un* approuvé,

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Double écrit*, n. XI; Toullier, VIII, p. 486, note (cet auteur avait d'abord émis l'opinion contraire, VIII, n. 325); Troplong, *Vente*, n. 21; Duvergier, *Vente*, I, n. 168; Larombière, VI, p. 70-73 (art. 1325, n. 44); Valéry, *op. cit.*, n. 273-277.

(2) Cpr. Larombière, VI, p. 73.

(3) V. *supra*, n. 2290.

» *portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la* » *chose ;— Excepté dans le cas où l'acte émane de marchands,* » *artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de ser-* » *vice* ».

Le législateur a voulu, par cette disposition, empêcher autant que possible les abus de blancs-seings et garantir les personnes contre les surprises de la fraude et les dangers du faux. On peut abuser d'un blanc-seing en y insérant une convention ou des clauses qui n'avaient pas été arrêtées entre les parties. Une manœuvre assez fréquente consiste, de la part du créancier, à exprimer sur le billet qu'il rédige lui-même une somme plus forte que celle qui est réellement due, et à surprendre la signature du débiteur en substituant dans la lecture la somme convenue à la somme faussement exprimée. Enfin, sur un écrit, sans valeur peut-être, mais portant une signature, on peut, à l'aide de procédés chimiques, remplacer l'écriture ancienne par une écriture nouvelle constatant l'obligation de payer une somme d'argent (1).

Ces fraudes étaient déjà pratiquées sous notre ancien droit (2). Mais ce fut seulement dans la première moitié du XVIIIe siècle que la formalité dont nous parlons fut instituée par deux déclarations royales du 30 juillet 1730 et du 22 septembre 1733. La seconde, à laquelle, sauf quelques modifications notables que nous préciserons, a été empruntée la disposition de notre article 1326, portait : « Voulons que tous les billets sous signature privée, au porteur, à ordre ou autrement, causés pour valeur en argent, autres néanmoins que ceux qui seront faits par des banquiers, négociants, marchands, manufacturiers, artisans, fermiers, laboureurs, manouvriers et autres de pareilles qualités, seront de nul effet et valeur, si le corps du billet n'est écrit de la main de celui qui l'aura signé, ou du moins, si la somme portée audit billet

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 294, Locré, XII, p. 397, n. 195 ; Jaubert, *Second rapport fait au Tribunal*, Fenet, XIII, p. 383, Locré, XII, p. 512-513, n. 12.

(2) V. le préambule de la déclaration royale du 22 septembre 1733 dans Isambert, *Rev. gén. des anc. lois franç.*, XXI, p. 379, et dans le Code civil, édition Tripier, sous l'art. 1326.

n'est reconnue par une approbation écrite en toutes lettres, aussi de sa main... » (1).

Telle a été l'origine de l'art. 1326, dont la disposition, comme celle de l'art. 1325, est d'*ordre public*, puisqu'elle a pour but de garantir la bonne foi contre les pièges de la fraude.

Nous avons à nous demander sur cette matière :

1° En quoi consistent les formalités de l'art. 1326.

2° Quels sont les cas d'application de cet article.

3° Quelles sont les conséquences de l'inaccomplissement de la formalité du *bon* ou *approuvé*.

1° En quoi consistent les formalités de l'art. 1326.

2303. Le meilleur moyen de prévenir les abus de blanc seing et les autres fraudes que nous avons indiquées est évidemment d'exiger que le billet sous seing privé soit écrit en entier de la main du souscripteur. Aussi le législateur dispose-t-il en premier lieu qu'il doit en être ainsi.

Mais il ajoute que, tout au moins, l'acte doit être revêtu d'un *bon* ou *approuvé* écrit de la main du débiteur et portant en toutes lettres la somme ou la quantité promise.

Telle est la formalité généralement désignée sous le nom de *bon pour*.

Il résulte des termes de l'art. 1326 : 1° que l'indication en chiffres de la somme ou de la quantité due ne remplirait pas

(1) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Approbation d'écriture*, n. 3. — La précédente déclaration, celle du 30 juillet 1730, ne concernait pas seulement, comme celle du 22 septembre 1733, les billets ou promesses causés valeur en argent, mais toute espèce de billets ou promesses sous-seing privé, même les *quittances*. Elle n'admettait, d'ailleurs, aucune exception à raison de la profession des signataires. Elle portait : « Voulons et nous plaît que tous billets et autres promesses ou quittances sous signature privée, soient de nul effet et valeur, si le corps de l'écriture n'est de la main de celui qui aura signé les billets, promesses ou quittances, ou que l'approbation de la somme, ou la quantité de denrées, marchandises, ou autres effets, pour lesquels l'engagement aura été contracté, ne soit entièrement écrit en toutes lettres, et sans chiffres, de celui qui aura signé ledit engagement, faute de quoi lesdits billets, et autres promesses ou quittances, ne pourront être exigibles soit par les porteurs, endosseurs, procureurs, cessionnaires ou autres ». Isambert, *Rec. précité*, XXI, p. 335; Code Tripier, en note sous l'art. 1326. Mais cette déclaration ne fut enregistrée qu'aux parlements de Besançon et de Dijon.

le vœu de la loi [1]; 2° que la simple approbation de l'écriture du billet serait, à plus forte raison, insuffisante [2].

2304. Ainsi la somme ou la quantité doit être exprimée en toutes lettres, quand le débiteur se borne à écrire le *bon* ou *approuvé*. Doit-il en être de même quand il écrit l'acte tout entier? Le législateur ne s'en est pas expliqué. En général, on enseigne la négative. Exiger que, dans ce dernier cas, la somme ou la quantité soit indiquée en toutes lettres, ce serait, dit-on, ajouter à la loi [3].

2305. Il suffit que le *bon pour* énonce la somme principale qui fait l'objet de la promesse. Il n'est pas besoin qu'il contienne les clauses accessoires ou les modalités de l'obligation, telles qu'un terme ou une condition [4].

Que décider quant aux intérêts? Il est manifeste que le *bon pour* ne saurait porter sur les intérêts à échoir [5]. Mais, dans le silence de la loi, on ne peut même pas dire qu'il doit s'étendre aux intérêts échus, car la disposition de l'art. 1326 est exceptionnelle [6].

2306. On peut, d'ailleurs, au lieu des mots *bon pour* ou *approuvé*, employer des expressions équivalentes, car ils ne sont pas sacramentels [7].

(1) Jugé notamment qu'un acte de cautionnement est nul, s'il n'exprime pas en toutes lettres la somme à laquelle il s'applique. Bourges, 11 juin 1851, D. P., 52. 1. 33.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Billet*, § 1, n. 2; Duranton, XIII, n. 182; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 241; Larombière, VI, p. 93 (art. 1326, n. 15); Demolombe, XXIX, n. 450; Laurent, XIX, n. 250; Huc, VIII, n. 245. — Civ. cass., 17 août 1808 (pour l'ancien droit), S. chr., II. 1. 569, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4108; 26 mai 1823, S. chr., VII. 1. 24, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4119-2°. — Caen, 18 nov. 1843, S., 44. 2. 661.

(3) Sic Duranton, XIII, n. 183; Larombière, VI, p. 93 (art. 1326, n. 15, al. 2); Demolombe, XXIX, n. 449; Laurent, XIX, n. 251. — *Contra* Marcadé, V, sur l'art. 1326, I, dernier al.

(4) Larombière, VI, p. 93 (art. 1326, n. 15, al. 4); Demolombe, XXIX, n. 451.

(5) Larombière, Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, XIX, n. 245. — Orléans, 11 mai 1861, S., 63. 2. 66, D. P., 61. 2. 97.

(6) Laurent, *loc. cit.* — V. cependant en sens contraire Bruxelles, 19 nov. 1818, *Pasicr.*, 1818, p. 215.

(7) Larombière, VI, p. 93 (art. 1326, n. 15, al. 5); Demolombe, XXIX, n. 452. — D'après la jurisprudence, l'approbation d'écriture est valable nonobstant les lacunes ou incorrections qu'elle peut renfermer, pourvu que ses termes paraissent assez clairs aux juges. Il a été décidé, en conséquence, par la cour de cassation

Nous croyons même que le souscripteur se conformerait à la prescription de l'art. 1326 s'il écrivait de sa main, en toutes lettres, la somme ou la quantité promise, sans écrire ni *bon pour*, ni *approuvé*, ni aucune autre formule analogue. En effet, l'énonciation faite par lui en toutes lettres, de cette somme ou de cette quantité, implique son approbation, et atteste, par conséquent, qu'il n'y a pas eu fraude (1).

2307. En pratique, le *bon pour* ou l'*approuvé* se met toujours à la suite du corps de l'acte et immédiatement avant la signature du souscripteur; mais la loi est muette sur ce point, et, par suite, l'acte ne serait pas irrégulier si le *bon pour* n'était placé qu'après la signature (2).

Du moment que le législateur ne détermine pas l'endroit de l'acte où l'approbation doit figurer, il faut décider que, si on laissait dans le corps du billet un blanc ou intervalle, et que le souscripteur le remplît en y indiquant en toutes lettres la somme ou la quantité par lui due, ce procédé satisferait aux exigences de l'art. 1326. On pourrait dire, en effet, que l'*approuvé* aurait été placé dans le corps même de l'acte (3).

2308. Peu importe que le *bon pour* soit écrit en une autre langue et en d'autres caractères que ceux du billet. Il y aurait même à cela un avantage, car, fait remarquer Larombière, la personnalité du souscripteur se trouverait ainsi mieux marquée (4).

2308 I. Peu importe également que la mention du *bon pour* et de la somme ait été auparavant indiquée au crayon par une autre personne. Cette circonstance, alors même qu'il

qu'un billet constatant l'engagement de payer une certaine somme et se terminant par ces mots « bon pour dix mil » est valable malgré l'insuffisance et l'incorrection de cette mention, si les juges, en la rapprochant des énonciations du corps du billet et à raison de la nature même du titre, acquièrent la conviction que c'était bien de francs, c'est-à-dire d'une somme d'argent, qu'il s'agissait dans le *bon pour*. Req., 16 août 1881, S., 82. 1. 213, D. P., 82. 1. 477. — Dans le même sens Larombière, VI, p. 93 *in fine* (art. 1326, n. 15, dern. al.).

(1) Larombière, VI, p. 94 (art. 1326, n. 16); Demolombe, *loc. cit.*

(2) Larombière, VI, p. 94 (art. 1326, n. 17); Demolombe, XXIX, n. 454.

(3) Larombière, VI, p. 94 (art. 1326, n. 16); Demolombe, XXIX, n. 453.

(4) Larombière, VI, p. 95 (art. 1326, n. 18); Demolombe, XXIX, n. 455; Huc, VIII, n. 245.

s'agit d'un cautionnement, ne vicie point le consentement qui a été donné ensuite en retraçant à l'encre cette mention et en la faisant suivre de la signature. Quelque peu instruit qu'on suppose le débiteur, il est inadmissible qu'en retraçant lui-même à l'encre et en toutes lettres la somme, il ne se soit pas rendu compte de l'engagement par lui souscrit [1].

2° Dans quels cas les formalités de l'art. 1326 sont exigées.

α. A quelles obligations s'applique ce texte.

2309. L'art. 1326 s'applique à tous les actes sous seing privé contenant un *engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou de livrer une certaine quantité de choses qui se déterminent au poids, au nombre ou à la mesure.*

Cette formule demande quelques explications.

2310. L'art. 1326 n'est applicable d'abord qu'aux *seules conventions unilatérales.* Il faut entendre par là toutes celles par lesquelles « une ou plusieurs personnes sont obligées » envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces » dernières il y ait engagement ». Art. 1103. Il est vrai que l'article parle d'une promesse par laquelle *une seule partie s'engage envers l'autre.* Mais ces mots, *une seule partie,* qu'il serait inexact de traduire par ceux-ci *une seule personne,* signifient seulement que l'engagement doit n'exister que d'un seul côté, et n'ont pas d'autre portée que de marquer le caractère unilatéral de l'obligation. Autrement, la loi eût été inconséquente, puisque, même quand il y aura pluralité de débiteurs, les inconvénients auxquels elle a voulu obvier sont susceptibles de se produire.

Il en résulte que les formalités ci-dessus indiquées doivent être remplies dans l'hypothèse où l'obligation a été contractée par plusieurs personnes conjointement ou solidairement envers une ou plusieurs autres, aussi bien que lorsqu'elle a été contractée par une seule. Il ne suffirait même pas alors que l'acte fût écrit en entier de la main de l'un des coobligés et signé seulement par les autres; il faudrait un *bon* ou *approuvé* de la part de *tous* ceux qui n'ont pas écrit

[1] Bordeaux, 26 décembre 1899, *Journ. des arr. de Bordeaux,* 1900. 1. 198.

l'acte (1). Il en serait de même d'un billet souscrit par deux époux au profit d'un tiers, dans le cas par exemple où le mari l'a écrit de sa main et où sa femme s'est contentée de le signer (2).

En sens inverse, il résulte du principe posé que ces mêmes formalités ne sont pas exigées dans le cas de conventions synallagmatiques, et, par exemple, l'art. 1326 est inapplicable à l'acte sous seing privé qui constate une vente (3).

Les rédacteurs du Code en donnent cette raison que, l'acte qui constate de telles conventions étant rédigé en plusieurs originaux pour être remis à chacune des parties, celles-ci ont un moyen facile de s'éclairer promptement sur l'erreur ou sur la fraude (4).

De plus, comme, dans les conventions synallagmatiques, les obligations de l'une des parties s'expliquent par les obligations de l'autre, il eût fallu, si les actes contenant ces conventions avaient dû être revêtus du *bon pour*, reproduire dans cette mention à peu près toutes les clauses de l'acte même. Cette nécessité eût causé de bien grandes complications et eût mis beaucoup de personnes dans l'impossibilité de consigner leurs conventions dans des actes sous seing privé (5).

2311. Mais, bien entendu, les parties ne sauraient éluder la règle de l'art. 1326 en présentant un contrat unilatéral

(1) Toullier, VIII, n. 300 et 301; Duranton, XIII, n. 179; Marcadé, V, sur l'art. 1326, II; Bonnier, *op. cit.*, n. 694; Colmet de Santerre, V, n. 289 *bis*-III; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 237, texte et note 54; Larombière, VI, p. 84 (art. 1326, n. 6); Demolombe, XXIX, n. 458; Laurent, XIX, n. 240; Arntz, III, n. 326; Thiry, III, n. 131, p. 157; Huc, VIII, n. 245; Planiol, 1re édit., n. 1209, 2e et 3e édit., n. 1158. — Bruxelles, 23 juil. 1811, S. chr., III. 2. 530, D., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 4116-2o. — Lyon, 31 août 1818, S. chr., V. 2. 419, D., *op.* et vo *cit.*, n. 4116-1o.

(2) Nouguier, *De la lettre de change*, I, p. 502; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 237 *in fine;* Demolombe, XXIX, n. 459; Bonnier, Laurent, Arntz, *loc. cit.* — Civ. cass., 8 août 1815, S. chr., V. 1. 85, D., *op.* et vo *cit.*, n. 4118-1o; 6 mai 1816, S. chr., V. 1. 185, D., *op.* et vo *cit.*, n. 4118-2o. — Req., 22 avril 1818, S. chr., V. 1. 469, D., *ibid.* — Caen, 3 janv. 1827, S. chr., VIII. 2. 305, D., *op.* et vo *cit.*, n. 4118-2o et 4149-1o.

(3) Req., 3 mai 1886, S., 86. 1. 351, D. P., 87. 1. 16. — Même solution pour l'acte sous seing privé qui constate un prêt d'argent consenti par la Banque de France moyennant un dépôt de titres fait par l'emprunteur en garantie du remboursement de la somme prêtée. Civ. cass., 8 mars 1887, S., 90. 1. 257, D. P., 87. 1. 264.

(4) V. le rapport de Jaubert, Fenet, XIII, p. 383 *in fine;* Locré, XII, p. 513, n. 12.

(5) Colmet de Santerre, V, n. 289 *bis*-II; Demolombe, XXIX, n. 460.

sous la forme d'un contrat synallagmatique. Il est de principe, en effet, que, pour déterminer la nature d'une convention, il faut avoir égard non à la forme extrinsèque et à la dénomination que les parties lui ont données, mais bien à sa substance même et aux engagements qu'elle produit. C'est donc avec raison que les tribunaux ont plusieurs fois annulé une simple promesse d'argent qui avait été constatée par un acte fait en double conformément à l'art. 1325, bien que le créancier n'eût contracté aucune obligation (1).

2312. Il ne suffit pas, au point de vue de l'application de notre article, que la convention ait un caractère unilatéral ; il faut aussi qu'elle ait pour objet une somme d'argent ou une chose *appréciable*. Cette dernière expression, qui, par sa généralité, semble comprendre tout ce qui a une valeur pécuniaire, désigne ici seulement les choses qui s'apprécient au poids, au nombre ou à la mesure. La fin de l'article démontre en effet qu'il s'agit de chose dont l'indication se résume dans une quantité, c'est-à-dire dans un chiffre (2).

La déclaration du 22 septembre 1733 avait une portée encore plus restreinte ; car elle ne s'appliquait qu'aux *billets sous seing privé causés pour valeur en argent*. Le législateur, en limitant ainsi l'étendue de sa disposition, a eu l'intention d'écarter la fraude des actes sous seing privé, en la paralysant dans le but même qu'elle se propose d'atteindre de préférence. Or ce but a consisté dans tous les temps à se faire souscrire des promesses de sommes d'argent, ce qu'on nomme vulgairement des *billets*. A ce point de vue, le Code de 1804 a bien fait d'assimiler à la promesse de payer une

(1) Toullier, VIII, n. 307 ; Marcadé, V, sur l'art. 1326, II ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 238 ; Larombière, VI, p. 90 (art. 1326, n. 11) ; Demolombe, XXIX, n. 461 ; Laurent, XIX, n. 241 ; Huc, VIII, n. 245, p. 305 *in fine*. — Bruxelles, 22 oct. 1829, *Pasicrisie*, 1829, p. 265. — Bordeaux, 3 janv. 1832, S., 32. 2. 204, D., *Rép. alph.*, v° *cit.*, n. 4069, 4096-1°. — V. dans le même sens, pour l'ancien droit, Civ. cass., 7 juin 1793, S. chr., I. 1. 18, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4096-2°.

(2) Toullier, VIII, n. 303 ; Bonnier, *op. cit.*, n. 675 ; Marcadé, V, sur l'art. 1326, I ; Mourlon, II, n. 1553 ; Colmet de Santerre, V, n. 289 *bis*-I ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 237, texte et note 53 ; Larombière, VI, p. 85 (art. 1326, n. 8) ; Demolombe, XXIX, n. 462 ; Laurent, XIX, n. 239 ; Arntz, III, n. 324 ; Thiry, III, n. 131, p. 157 ; Huc, VIII, n. 245 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1208-1°, 2e et 3e édit., n. 1157-1°.

somme d'argent l'engagement de livrer des choses qui s'apprécient au poids, au nombre ou à la mesure, parce que ces choses, d'une réalisation ordinairement facile, équivalent à une somme d'argent [1].

On voit, par ce qui précède, que l'art. 1326 n'est pas applicable aux obligations unilatérales qui ont pour objet la livraison d'un *corps certain et déterminé* [2].

2313. On doit même aller jusqu'à dire que la formalité du *bon* ou *approuvé* n'est pas requise, lorsque l'obligation unilatérale a pour objet une somme d'argent ou une quantité qui ne peut être déterminée ou évaluée au moment de la rédaction de l'acte. Ainsi c'est une caution qui s'oblige pour toutes les dettes que *Primus* contractera envers *Secundus,* ou bien l'on s'engage envers une personne à lui fournir pendant un certain temps tout le blé nécessaire à son alimentation et à celle de sa famille.

La question est très controversée ; mais, à l'appui de l'opinion que nous venons de formuler, on peut invoquer, nous semble-t-il, un argument décisif. En principe, les actes sous seing privé ne sont assujettis à aucune condition de forme, sauf la nécessité de la signature. L'art. 1326, qui exige pour certains de ces actes une formalité spéciale, consacre donc une exception ; or il ne vise que les obligations dont le montant est susceptible d'être indiqué en chiffres. Cela résulte bien de ces mots *portant* EN TOUTES LETTRES *la somme ou la quantité.* Il est par suite inapplicable aux obligations dont l'objet consiste en une valeur indéterminée, car le montant de ces obligations ne saurait être indiqué en chiffres.

Mais, a-t-on dit, si, dans l'hypothèse, le souscripteur ne peut pas préciser la somme ou la quantité, il peut, du moins, exprimer, dans le *bon* ou *approuvé,* la nature de l'engagement qu'il contracte, et, par conséquent, en ce sens, la formalité de l'art. 1326 se trouve applicable. Il ne saurait se borner à mettre *approuvé l'écriture ci-dessus,* et doit employer

(1) Jaubert, second rapport, Fenet, XIII, p. 384, Locré, XII, p. 513, n. 11.

(2) Toullier, Bonnier, Aubry et Rau, Laurent, Arntz, Thiry, Planiol, *loc. cit.* ; Demolombe, XXIX, n. 463. — Trib. civ. Perpignan, 25 avril 1899, *Loi*, 5 juin 1899. — V. cependant Duranton, XIII, n. 170.

par exemple, la formule *bon pour cautionnement, approuvé le cautionnement.*

Cette exigence n'est pas fondée. En pratique, il est vrai, on fait usage habituellement de pareilles mentions, mais, certainement, elles ne sont imposées ni par l'art. 1326, ni par aucun autre texte. C'est dire que nous ne saurions les considérer comme obligatoires, car il n'appartient pas à l'interprète de créer des formalités.

On objecte encore que les abus auxquels le législateur a voulu faire obstacle en écrivant l'art. 1326 peuvent se produire quand la somme ou la quantité ne saurait être déterminée ou évaluée, et que, par conséquent, s'il est impossible d'appliquer complètement la disposition de notre texte, il faut du moins le faire dans la mesure du possible. Cette objection montre tout au plus que le législateur a été imprévoyant; elle ne prouve point que nous ayons le droit de faire la loi en exigeant une formalité qu'il n'a pas établie [1].

2314. Avons-nous besoin de dire que les obligations de faire ou de ne pas faire ne sont pas assujetties au *bon pour?* Il est évident que ces obligations ne rentrent pas dans les termes de l'art. 1326 [2].

2315. Ces deux conditions sont les seules qui soient requises, relativement à l'obligation, pour l'application de l'art. 1326.

Ainsi, quand elles sont réunies, le *bon pour* est nécessaire,

[1] *Sic* Bonnier, *op. cit.*, n. 675; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 240, texte et note 69; Demolombe, XXIX, n. 464; Laurent, XIX, n. 244. — Agen, 9 nov. 1823, S. chr., VII. 2. 266, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4087. — Douai, 25 nov. 1853, S., 54. 2. 696, D. P., 55. 2. 333; 27 janv. 1903, D. P., 1903. 2. 234. — Cpr. Req., 6 fév. 1861, S., 62. 1. 72, D. P., 61. 1. 367. — Trib. Charleroi, 25 juin 1879, *Pasicr.*, 80. 3. 165. — *Contra* Larombière, VI, p. 86-88 (art. 1326, n. 8); Zachariæ, § 752, note 19; Huc, VIII, n. 245, p. 305. — Metz, 28 mars 1833, S., 35. 2. 49, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4176. — Req., 1er mars 1853 (sol. impl.), S., 55. 1. 212, D. P., 54. 1. 342. — Paris, 24 mai 1855, S., 55. 2. 574, D. P., 55. 2. 196. — Orléans, 24 déc. 1864, S., 65. 2. 213. — Poitiers, 17 juin 1867, S., 68. 2. 8. — Civ. rej., 10 janv. 1870, S., 70. 1. 157, D. P., 70. 1. 60. — Lyon, 17 juin 1871, S., 71. 2. 222. D. P., 71. 2. 192. — Paris, 21 déc. 1875, D. P., 77. 2. 149. — Alger, 22 mai 1878, S., 78. 2. 333, D. P., 79. 2. 224. — Req., 16 fév. 1892, S., 93. 1. 409, D. P., 92. 1. 248. — Cpr. Liège, 29 fév. 1888, *Pasicr.*, 88. 2. 103. — V. aussi Montpellier, 6 déc. 1865, S., 66. 2. 319, D. P., 67. 2. 39.

[2] Demolombe, XXIX, n. 465.

quelle que soit la nature particulière de l'engagement et quelles que soient les circonstances dans lesquelles on l'a contracté (1).

D'importantes conséquences découlent de cette idée générale :

1° L'art. 1326 est applicable aux arrêtés de compte par lesquels une partie s'engage à en payer le reliquat (2), aux actes de constitution de rente (3), aux actes de reconnaissance de dépôt (4).

2° La formalité du *bon pour* doit être accomplie quant aux actes qui, dressés principalement à raison de conventions synallagmatiques, contiennent, dans des clauses spéciales, la constatation de conventions unilatérales (5). Tel serait l'acte de vente qui renfermerait la reconnaissance d'un prêt fait par l'une des parties à l'autre, ou l'acte de bail qui constaterait une avance d'argent faite au preneur par le bailleur. Ces

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 238, texte et note 56; Larombière, VI, p. 88 (art. 1326, n. 9); Demolombe, XXIX, n. 467.

(2) *Sic Rép.*, v° *Billet*, § I, n. 9; Duranton, XIII, n. 172; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 239; Larombière, VI, p. 88 *in fine* (art. 1326, n. 9); Demolombe, XXIX, n. 468; Laurent, XIX, n. 248. — Bordeaux, 3 janv. 1832, S., 32. 2. 204, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4096. — Besançon, 3 fév. 1853 (solut. impl.), D., *op.* et v° *cit.*, n. 4096, 4145-3°. — Décision conforme sous la déclararation du 22 septembre 1733, Civ. cass., 7 juin 1793, S. chr., I. 1. 18, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4096-2°. — Cpr. Toullier, VIII, n. 306. — *Contra* Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Approb. d'écriture*, n. 18. — Metz, 20 février 1811, S. chr., III. 2. 421, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4097. — Angers, 9 août 1820, S. chr., VI. 2. 307, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4095-2°. — Grenoble, 26 janv. 1826, S. chr., VIII. 2. 185, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4095-3°.

(3) *Sic* Duranton, XIII, n. 173; Duvergier sur Toullier, VIII, n. 305, note *a*; Troplong, *Contrats aléatoires*, n. 227; Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXIX, n. 470; Laurent, XIX, n. 247. — Toulouse, 25 nov. 1833, S., 34. 2. 317. — Cpr. Angers, 18 fév. 1837, S., 39. 2. 426, D., *op. cit.*, v° *Rente viagère*, n. 17. — *Contra* Toullier, VIII, n. 305; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 16. — Cpr. pour l'ancien droit, Req., 13 fructidor an XI, S. chr., I. 1. 859, col. 3, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4104. — V. aussi Civ. rej., 7 (ou 17) thermidor an X, S. chr., I. 1. 677, D., *ibid.*

(4) Toullier, VIII, n. 304; Duranton, XIII, n. 171; Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXIX, n. 469; Laurent, XIX, n. 246. — Civ. cass., 12 janv. 1814, S. ch., IV. 1. 508, col. 3 *in fine*, D., *op. cit.*, v° *Dépôt*, n. 146, 136-2°. — V. encore, pour l'ancien droit, Civ. rej., 11 brumaire an XII, S. chr., I. 1. 879, col. 3 *in fine*, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4120. — Civ. cass., 12 janv. 1814, S. chr., IV. 1. 508, col. 3 *in fine*, D., *op. cit.*, n. 136-2°.

(5) Trib. civ. Seine, 20 novembre 1903, *Pand. fr.*, 1904. 2. 125.

actes seraient assujettis, quant aux engagements unilatéraux, à la règle de l'art. 1326 (1).

3° La disposition de cet article régit également les actes qui contiennent un engagement accessoire, par exemple un cautionnement (2). Le texte de la loi ne distingue pas entre les obligations principales et les obligations accessoires. Son esprit est, au surplus, contraire à cette distinction, car, souvent, la personne qui s'oblige accessoirement, est disposée à donner d'autant plus facilement sa signature qu'elle espère ne pas avoir à payer la dette. Il y a donc une raison toute particulière pour que la loi la protège contre les surprises de la fraude en attirant son attention sur le montant de son engagement. Il se peut, sans doute, que le cautionnement soit l'accessoire d'une convention bilatérale. Mais cette circonstance ne saurait changer sa nature (3).

(1) Duranton, XIII, n. 174; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 240; Larombière, VI, p. 91 (art. 1326, n. 13); Demolombe, XXIX, n. 461 *bis;* Laurent, XIX, n. 242. — Jugé dans ce sens, sous l'ancien droit, Paris, 15 ventôse an XIII, S. chr., II. 2. 32, D., *op.* v° *cit.*, n. 4000.

(2) D'après quelques auteurs et d'après beaucoup de décisions judiciaires, il en serait ainsi — nous le rappelons — même quand le cautionnement porte sur une somme indéterminée. Nous avons dit pourquoi nous ne saurions aller jusque-là. V. *supra*, n. 2313.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Billet*, § 1, n. 8; Duranton, XIII, n. 175; Favard, *Rép. du not.*, v° *Acte sous seing privé*, sect. I, § 3, n. 8; Sebire et Carteret, *Encycl. du droit*, v° *Bon pour*, n. 9; Toullier, IV, p. 480; Poujol, *Oblig.*, sur l'art. 1326, n. 13; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 504, note 19; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 239; Larombière, VI, p. 88 (art. 1326, n. 9); Pont, *Petits contrats*, II, n. 22; Demolombe, XXIX, n. 471; Laurent, XIX, n. 243; Guillouard, *Tr. du cautionn.*, n. 10; Huc, XII, n. 163; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement*, n. 934. — Civ. cass., 21 août 1827, S. ch., VIII. 1. 670, D., *Rép.*, v° *Oblig.*, n. 4099-1°, et, sur renvoi, Orléans, 14 janv. 1828, S. chr., IX. 2. 9, D., *loc. cit.* — Rennes, 14 mai 1845, D. P., 46. 2. 64. — Paris, 14 mai 1846, S., 46. 2. 299, D. P., 46. 2. 138. — Bourges, 11 juin 1851, D. P., 52. 2. 33. — Req., 1er mars 1853, S., 55. 1. 212, D. P., 54. 1. 342. — Paris, 14 mai 1855, S., 55. 2. 574, D., 55. 2. 196. — Lyon, 17 juin 1871, S., 71. 2. 222, D. P., 71. 2. 192. — Alger, 22 mai 1878, S., 78. 2. 333, D. P., 79. 2. 224. — Bordeaux, 31 janv. 1888 (solut. impl.), S., 88. 2. 152. — Douai, 27 janv. 1903, S., 1904. 2. 125, D. P., 1903. 2. 234. — Lyon, 23 déc. 1903, S., 1905. 2. 46, D. P., 1904. 2. 327. — V. aussi Req., 16 fév. 1892, S., 93. 1. 409, D. P., 92. 1. 248. — *Contra* Liège, 4 avril 1813, D., *Rép. alph.*, v° *cit.*, n. 4099, et v° *Compét. comm.*, n. 233. — Paris, 13 mars 1816, S. chr., V. 2. 114, D., *op. cit.*, v° *Cautionnement*, n. 68. — Lyon, 12 avril 1832, S., 33. 2. 248, D., *op.* et v° *cit.*, n. 157. — Cass. belge, 1er juin 1850, *Pasicrisie*, 50. 1. 301.

Toutefois, le cautionnement peut avoir le caractère de convention synallagmatique. Pour cela, il faut supposer que le créancier s'oblige, de son côté, envers la caution. Dans ce cas, il n'est pas besoin que l'acte de cautionnement soit revêtu du *bon* ou *approuvé* (1).

2316. L'art. 1326 ne concerne pas les quittances. Celui qui signe un de ces actes ne contracte aucune obligation. Il constate simplement la libération de son débiteur.

Il n'y a pas lieu de faire exception à ce principe quand les quittances ne renferment pas seulement la preuve d'un paiement, mais encore celle d'une obligation nouvelle résultant de ce paiement même. Les quittances délivrées par un mandataire ou par un administrateur du bien d'un tiers auraient donc pleine force probante, alors même que le mandant ou que ce tiers s'appuyerait sur ces actes pour soutenir que le mandataire ou l'administrateur est obligé de lui rendre compte des sommes par lui touchées.

L'art. 1326 serait également inapplicable à une quittance de dot, bien que cette quittance, en même temps qu'elle constate la libération du constituant, établit à la charge du mari l'obligation de restituer la dot à la dissolution du mariage.

Dans ces deux cas, en effet, c'est seulement indirectement et par la force des choses que les quittances font preuve de l'obligation, et ce n'est pas pour constater celle-ci qu'elles ont été dressées (2).

β. A quelles personnes s'applique l'art. 1326.

2317. Quelle est maintenant, au point de vue des personnes, l'étendue d'application de l'art. 1326 ? En principe, il

(1) Laurent, XIX, n. 243 *in fine*, p. 260, et XXVIII, n. 127; Guillouard, *op. cit.*, n. 8; Huc, VIII, n. 163 *in fine*, p. 192; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.* — Paris, 17 fév. 1829, S. chr., IX. 2. 211, col. 2 *in fine*, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4101.

(2) Duranton, XIII, n. 169; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 241; Demolombe, XXIX, n. 466; Laurent, XIX, n. 249. — V. pour l'ancien droit, Paris, 11 thermidor an XIII, S. chr., II. 2. 78, col. 3 *in fine*, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4124; et, sur pourvoi, Req., 25 mars 1806, S. chr., II. 1. 228, col. 2, *in fine*, D., *ibid.* — Cpr. Larombière, VI, p. 92 (art. 1326, n. 14). — Toulouse, 13 fév. 1830, D., *op.* et v° *cit.*, n. 365-1°

s'applique à toutes les personnes qui souscrivent les actes rentrant dans sa disposition. Mais, dans sa partie finale, il apporte à cette règle un grand nombre d'exceptions, fondées sur la seule considération de la profession exercée par celui de qui émane le billet ou la promesse.

2318. D'abord la loi dispense des formalités prescrites les *marchands* ou commerçants, c'est-à-dire tous ceux qui accomplissent des actes de commerce habituellement, professionnellement et en leur nom personnel. Il n'est pas douteux que l'expression *marchands* ne soit prise ici dans son sens le plus large et comme comprenant tous les industriels. L'intention des auteurs du Code a été de reproduire la disposition de la déclaration de 1733, qui disait : « *Les banquiers, négociants, marchands, manufacturiers* » (1). L'exception est donc applicable aux banquiers (2). Cela résulte au surplus de la discussion devant le conseil d'Etat (3). L'expression *marchands* comprend certainement aussi les hôteliers, aubergistes et cabaretiers (4).

Cette exception était commandée par les intérêts du négoce. Imposer aux commerçants la nécessité d'écrire eux-mêmes les billets qu'ils souscrivent ou de faire précéder leur signature d'un *bon* ou *approuvé*, c'eût été compliquer de formalités gênantes les opérations commerciales, que la loi et la pratique tendent au contraire à simplifier de plus en plus (5). Et puis la vie des affaires donne aux commerçants une expé-

(1) Toullier, VIII, n. 299; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 241, note 73; Larombière, VI, p. 95 (art. 1326, n. 19, al. 2); Demolombe, XXIX, n. 477; Laurent, XIX, n. 254; Huc, VIII, n. 246, al. 3.

(2) Toullier, Aubry et Rau, Laurent, Huc, *loc. cit.*

(3) « Le consul Cambacérès demande que la dernière disposition de l'article soit étendue aux banquiers. M. Bégouen dit qu'ils sont compris sous la dénomination générale de commerçants ». Fenet, XIII, p. 114; Locré, XII, p. 217, n. 17.

(4) Laurent, XIX, n. 254; Huc, *loc. cit.* — Metz, 21 juin 1815, S. ch., V. 2. 51, col. 2, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4128.

(5) « Il était sage de ne pas entraver par des peines de nullité la marche simple et rapide du commerce », dit Bigot-Préameneu dans l'*Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 294, Locré, XII, p. 398, n. 194. — V. aussi le rapport du tribun Jaubert, Fenet, XIII, p. 385, Locré, XII, p. 514, n. 12 *in fine*, et le discours du tribun Mouricault, Fenet, XIII, p. 441 *in fine*, Locré, XII, p. 582, n. 47. — Cpr. Pothier, *Oblig.*, n. 745.

rience et une circonspection qui les défendent suffisamment contre les surprises de la fraude (¹).

2319. Mais cette dispense est-elle attachée à la qualité de commerçant, ou bien à la nature commerciale de l'obligation constatée ? Les auteurs sont encore aujourd'hui très divisés sur la question. Pour nous, nous inclinons à penser que l'exception se réfère exclusivement à la profession, et que, par suite, le commerçant est toujours dispensé du *bon* ou *approuvé*, même quand il contracte des obligations purement civiles. D'abord l'art. 1326 ne fait aucune distinction, et, quand son texte parle des commerçants, il est arbitraire d'en restreindre l'application au cas où il s'agit d'actes de commerce. D'autre part, notre solution se légitime par de bonnes raisons. L'esprit du droit commercial est d'affranchir le commerçant, à raison même de cette qualité, de ces mesures de protection qui le protègent trop et qui vont le plus souvent jusqu'à affaiblir son crédit. Nous disions tout à l'heure qu'il est suffisamment défendu contre la fraude par l'habitude des affaires. Eh bien ! la personne ne se scinde pas ; il apportera dans ses affaires civiles la même prudence que dans les actes de son commerce.

On objecte que la déclaration de 1733 ne dispensait pas dans tous les cas les négociants de l'observation de la formalité du *bon pour*, et que, dans son préambule, elle exceptait seulement « les actes nécessaires au commerce ». Nous répondons que le texte de l'art. 1326, al. 2, est formel, qu'il établit l'exception en termes généraux pour le cas « où l'acte émane de marchands », sans distinguer si l'obligation a ou n'a pas une nature commerciale. Peut-on, alors que ce texte est parfaitement clair et qu'il a, par lui-même, un sens complet, le dénaturer en s'autorisant de la déclaration de 1733 (²) ?

(¹) Laurent, XIX, n. 254 *in fine*.

(²) *Sic* Bonnier, *op. cit.*, n. 676, p. 564; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 242; Larombière, VI, p. 95 (art. 1326, n. 19, al. 3); Demolombe, XXIX, n. 478; Laurent, XIX, n. 254, al. 2; Huc, VIII, n. 246, al. 3. — Req., 30 juillet 1868, S., 68. 2. 28, D., *Suppl.* au *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1711. — Douai, 30 juillet 1884, *Jurispr. de Douai*, t. 42, p. 349. — Trib. civ. Seine, 17 janv. 1906, *Gaz. Trib.*, 20 mai 1906.

2320. Faut-il dire qu'en sens inverse les non-commerçants — lorsque, du moins, ils ne rentrent dans aucune autre des catégories énumérées par l'al. 2 de l'art. 1326 — restent soumis à la nécessité du *bon pour,* même en ce qui regarde les obligations commerciales ? Plusieurs auteurs répondent affirmativement. C'est pour les commerçants, disent-ils, et non pour les actes de commerce, que l'art. 1326 établit une exception. On ne devient commerçant que si l'on fait *habituellement* des actes de cette nature. Or les exceptions sont de droit étroit (1). Mais cette doctrine, croyons-nous, est inconciliable avec le principe de la liberté des preuves, qui, nous le rappelons, est admis en matière commerciale. Du moment que les contrats qui constituent des actes de commerce peuvent, en l'absence de tout écrit, être prouvés par témoins, est-il rationnel que, dans le cas où les parties dressent des actes sous seing privé pour les constater, ces actes soient soumis à des formes spéciales? D'ailleurs les termes de l'art. 1326 ne s'opposent nullement à ce que l'on combine sa disposition avec les règles du droit commercial. Si le législateur s'est expliqué relativement aux négociants, c'est parce que l'application de la règle est écartée même pour leurs obligations civiles, et il ne s'ensuit point que le droit commercial ne soit pas applicable aux actes de commerce faits par des non-négociants (2).

2321. On enseigne très généralement que la disposition de l'art. 1326 est étrangère à la lettre de change et qu'ainsi le tireur non commerçant n'a pas besoin de faire précéder sa signature du *bon pour* (3). Mais les opinions varient en ce

D. P., 1906. 5. 36. — *Contra* Colmet de Santerre, V, n. 289 *bis*-IV; Planiol, II, 1re édit., n. 1210, 2e et 3e édit., n. 1159.

(1) Duranton, XIII, n. 178; Zachariæ, § 752, note 21 *in fine;* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 242; Demolombe, XXIX, n. 479.

(2) Larombière, VI, p. 98 (art. 1326, n. 2, al. 2); Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.,* I, n. 606, et *Tr. de dr. comm.,* II, n. 57.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 238 *in fine* et les auteurs cités aux trois notes suivantes. — Montpellier, 20 janv. 1835, S., 35. 2. 336, D., *op. cit.,* vo *Effets de commerce,* n. 155. — Bruxelles, 5 fév. 1849, *Pasicr.,* 49. 2. 310. — Jugé de même sous la déclaration de 1733, Civ. rej., 10 messidor an XI, S. chr., I. 1. 824 *in fine,* D., *op.* et vo *cit.,* n. 109. — V. cep. Nouguier, *Des lettres de change, et des effets de commerce en général,* I, n. 90.

qui regarde le motif de cette décision. Si l'on estime avec nous que tous les actes de commerce échappent à l'application de l'art. 1326, la solution qui nous occupe maintenant est par là même justifiée, car la lettre de change est essentiellement un acte de commerce (1). Mais, repousserait-on notre proposition générale, il n'en faudrait pas moins dire que l'art. 1326 ne régit pas la lettre de change. Les formes de celle-ci, en effet, ont été minutieusement et limitativement réglées par le législateur dans l'art. 110 C. comm. Il ne nous est pas permis d'ajouter à la disposition de ce dernier texte en exigeant pour la lettre de change des formalités qu'il ne mentionne pas (2).

On a donné d'autres explications. Merlin et Pardessus se fondent sur ce que la lettre de change, étant par elle-même et nécessairement un acte de commerce, aurait pour effet de constituer marchand ou banquier le signataire et que, par conséquent, celui-ci se trouverait compris dans la première des exceptions établies par l'al. 2 de l'art. 1326 (3). Mais, on l'a vu, pour devenir négociant, il ne suffit pas de faire des actes de commerce isolés; il faut accomplir habituellement des actes de cette nature (4).

Toutefois, d'après la plupart des auteurs, la règle de l'art. 1326 devient applicable dans les cas où les lettres de change doivent être réputées de simples promesses. Il en est

(1) Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 1019, et *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 60. — V. aussi Duranton, XIII, n. 177; Vincens, *Législ. comm.*, II, p. 171; Bédarride, *Comment. du C. de comm., De la lettre de change, etc.*, I, n. 44; Larombière, VI, p. 96 (art. 1326, n. 20); Demolombe, XXIX, n. 472.

(2) Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Approbation d'écriture*, n. 22; Alauzet, *Comm. du C. de comm.*, 2e édit., III, n. 1228 (p. 200 *in fine* et 201), et 3e édit., IV, n. 1228 (p. 17-18); Bravard-Veyrières et Demangeat, *Tr. de dr. comm.*, III, p. 76-78; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 505, note 22; Massé, *Dr. comm.*, IV, n. 2401; Namur, *Le Code de commerce belge*, 2e édit., I, n. 22; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, 2e édit., n. 1351, 3e édit., n. 1316. — Toulouse, 30 déc. 1829, S. chr. IX. 2. 370, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4110. — V. aussi Larombière, VI, p. 96 (art. 1326, n. 20).

(3) Merlin, *Répert.*, v° *Ordre (billet à)*, § 1, n. 5; Pardessus, *Contr. de change*, n. 74, et *Cours de dr. comm.*, I, n. 245. — Cpr. Bonnier, *op. cit.*, n. 676.

(4) Bédarride, *op. cit.*, I, p. 56 *in fine*; Bravard-Veyrières et Demangeat, *op. cit.*, III, p. 75; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, p. 543, note 1, et *Tr. de dr. comm.*, IV, p. 41, note 3.

ainsi : 1° Lorsqu'elles contiennent « supposition soit de nom, soit de qualité ». Art. 112 C. comm. (1). 2° Lorsqu'elles sont signées par des femmes ou des filles non négociantes ou marchandes publiques. Art. 113 du même code (2). Mais, à ce sujet, nous ferons une distinction.

Dans les cas prévus par les art. 112 et 113 C. comm., il peut subsister une obligation à la charge de celui qui fait valoir l'irrégularité. Cette obligation n'est pas nécessairement commerciale, comme celle qui est produite par une lettre de change ; mais elle peut, du moins, avoir ce caractère. Or, quand elle est commerciale, l'art. 1326, d'après nous, demeure sans application (3).

2322. Une question analogue se pose relativement au billet à ordre ; à notre avis, l'art. 1326 n'est jamais applicable à celui-ci. Peu importe donc que le souscripteur ne soit pas négociant (4). Peu importe également que le billet à ordre soit civil (5). L'art. 188 C. com. détermine les formes du billet à ordre, de même que l'art. 110 du même code règle celles de la lettre de change. Or l'énumération de l'art. 188, comme celle de l'art. 110, paraît bien être limitative. Nous

(1) Avant la loi du 7 juin 1894, on lisait dans l'art. 112, après le passage cité : « soit de domicile, soit des lieux où elles sont tirées et dans lesquelles elles sont payables ». Ces mots ont été supprimés, la remise de place en place n'étant plus exigée. — V. pour la législation antérieure, Req., 4 août 1831, D., *op.* et v° *cit.*, n. 41.

(2) Merlin, Duranton, Pardessus, Larombière, *loc. cit.* ; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 23 ; Alauzet, *op. cit.*, 2e édit., III, n. 1228 *in fine*, p. 201, et 3e édit., IV, n. 1228 *in fine*, p. 18 ; Bonnier, *op. cit.*, n. 676, p. 564 *in fine* ; Aubry et Rau, VIII, p. 239 ; Demolombe, XXIX, n° 473. — Civ. cass., 6 mai 1878, D. P., 78. 1. 267. — Paris, 9 févr. 1881, *La Loi*, n. du 10 fév. 1881. — Chambéry, 12 août 1881, D. P., 82. 2. 80. — Pau, 13 mars 1888, D. P., 89. 2. 135.

(3) Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 1077, et *Tr. de dr. comm.*, III, n. 498. — V. *supra*, n. 2320.

(4) *Contra* Merlin, *op. cit.*, v° *Ordre (billet à)*, § 1, art. 5 ; Duranton, XIII, n. 178 ; Pardessus, *Cours de dr. comm.*, I, n. 245 ; Alauzet, *op. cit.*, 2e édit., III, n. 1543, et 3e édit., IV, n. 1388 ; Bonnier, *loc. cit.* ; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 505, note 22 ; Massé, *op. cit.*, IV, n. 2400 ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 228 ; Larombière, VI, p. 96 *in fine* (art. 1326, n. 20) ; Demolombe, XXIX, n. 474. — Civ. cass., 27 janv. 1812, S. chr., IV. 1. 13, D., *op. cit.*, v° *Effets de commerce*, n. 475-3°. — Paris, 6 fév. 1865, *Journ. des trib. de comm.*, XIV, p. 417, n. 5146. — Trib. comm. Seine, 8 fév. 1888, *La Loi*, n° du 24 fév. 1888. — Cpr. Paris, 29 mars 1883, *Le Droit*, n° du 29 oct. 1884. — Req., 20 déc. 1892, D., 93. 1. 115.

(5) *Contra* Nouguier, *op. cit.*, II, n. 1506 ; Bédarride, *op. cit.*, II, n. 663.

n'avons donc pas à la compléter en y ajoutant la formalité prescrite par l'art. 1326 (1).

2323. L'endossement apposé à des effets négociables, même quand il émane d'un non-commerçant, échappe à l'application de la règle de l'art. 1326, soit qu'il s'agisse d'une lettre de change, soit qu'il s'agisse d'un billet à ordre. Et, dans ce dernier cas, il en est ainsi alors même que le billet a été souscrit par un non-commerçant. L'endosseur n'est donc jamais tenu d'exprimer avant sa signature la somme à concurrence de laquelle il garantit le paiement de l'effet. Les formes de l'endossement, en effet, sont complètement indiquées par l'art. 137 C. comm. ; ce texte se suffit à lui-même (2).

2324. De l'avis de tout le monde, l'aval, même donné par un non-commerçant, est affranchi de la formalité de l'art. 1326, quand il est fourni pour la garantie d'une lettre de change (3). Toutefois si la personne qui prétend le donner n'était pas capable de s'obliger par lettre de change, l'engagement ne constituerait pas un aval, et le *bon pour* serait nécessaire (4).

(1) Bravard-Veyrières et Demangeat, *op. cit.*, p. 528; Boistel, *Préc. de dr. comm.*, n. 839; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 1291, et *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 509; Thaller, *loc. cit.*, 2e édit., n. 1398, et 3e édit., n. 1315. — Liège, 4 (ou 14) avril 1813, S. chr., IV. 2. 293, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4007 *in fine*, v° *Compét. comm.*, n. 233.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 1083, p. 586, note 1, et *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 117. — V. aussi Bonnier, *op. cit.*, n. 676; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 241; Bédarride, *op. cit.*, I, n. 290; Boistel, *op. cit.*, n. 749; Bravard-Veyrières et Demangeat, *op. cit.*, III, p. 159 *in fine*, et p. 160. — Cpr. Civ. cass., 7 thermidor an XI, S. chr., I. 1. 841, col. 3, et D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4109.

(3) Merlin, *op. cit.*, v° *Ordre* (billet à), § 1, n. 8; Duranton, XIII, n. 176; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Aval*, n. 11; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 239 *in fine* et p. 240; Larombière, VI, p. 97 (art. 1326, n. 20); Alauzet, 2e édit., III, 1543, et 3e édit., IV, n. 1388; Bravard-Veyrières et Demangeat, *op. cit.*, III, p. 312; Bédarride, *op. cit.*, I, n. 361; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 1169, et *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 256.

(4) Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 1169, p. 645, note 3, et *Tr. de dr. comm.*, *loc. cit.* — V. aussi Merlin, *op.* et v° *cit.*, § 1, n. 9; Pardessus, *Contr. de ch.*, II, n. 316; Nouguier, *op. cit.*, I, n. 856; Aubry et Rau, Larombière, Alauzet, Bédarride, *loc. cit.* — Paris, 20 mars 1830, S., 31. 2. 174, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4113; 19 janv. 1837, D., *ibid.* — V. cep. Riom, 29 janv. 1829, S. chr., IX. 2. 195, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4114, et v° *Effets de commerce*, n. 508.

D'après quelques auteurs, si l'art. 1326 n'est pas applicable à l'aval donné sur la lettre de change, il régirait, au contraire, l'aval donné par acte séparé (1). Mais, puisque, selon nous, la disposition de ce texte est étrangère aux actes de commerce, nous devons, ici encore, en rejeter l'application, car, dans la seconde hypothèse comme dans la première, l'aval est un acte de commerce (2).

Mais que décider lorsque l'aval est fourni pour la garantie d'un billet à ordre? La question, bien entendu, ne s'élève que si l'aval est donné par un non-commerçant. Une partie de la doctrine soutient que, dans ce cas, la règle de l'art. 1326 doit être observée quand le billet à ordre a été souscrit par un non-commerçant (3). Mais, si l'on admet, comme nous l'avons fait, que les actes de commerce ne sont pas assujettis à la formalité du *bon pour*, il n'y a pas lieu d'exiger cette mention quand l'aval constitue un acte de commerce (4).

2325. L'art. 1326 excepte encore les *artisans* (5), *laboureurs* (6),

(1) Massé, *op. cit.*, IV, n. 2403; Alauzet, *loc. cit.*; Namur, *op. cit.*, I, n. 128.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 1171, p. 646, note 1, et *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 261.

(3) Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit.*: Duranton, XIII, n. 176-177; Pardessus, *Contr. de change*, II, n. 459, et *Cours de dr. comm.*, n. 395; Nouguier, *op. cit.*, I, n. 855, al. 2 et 3; Bédarride, *op. cit.*, I, n. 361, al. 3. — Civ. cass., 25 janv. 1814, S. chr., IV. 1. 519, col. 3 *in fine*, D., *Répert. alph.*, v° *Effets de commerce*, n. 508. — Paris, 29 mars 1883, *Le Droit*, n° du 29 oct. 1884.

(4) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 521 *in fine*, p. 348. — V. aussi Alauzet, *loc. cit.*

(5) Les artisans sont les personnes qui exercent un art mécanique. Larombière, VI, p. 98 (art. 1326, n. 22); Demolombe, XXIX, n. 480; Laurent, XIX, n. 255; Huc, VIII, n. 246, p. 307. — Un ouvrier mécanicien est un simple artisan, dans le sens de l'art. 1326. Liège, 19 fév. 1824, *Pasicr.*, 1824, p. 49, D., *op.* v° *cit.*, n. 4131. — Il en est de même d'un meunier, Montpellier, 6 déc. 1865, S., 66. 2. 319, D. P., 67. 2. 39.

(6) On entend ici par *laboureurs* les personnes qui se procurent leurs moyens d'existence en cultivant les terres. Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 241, note 74; Larombière, VI, p. 99 (art. 1326, n. 23); Demolombe, XXIX, n. 481-482; Laurent, XIX, n. 256; Huc, VIII, n. 246, p. 307. — Cette qualité n'appartient pas à ceux qui ne cultivent pas eux-mêmes et qui se bornent à diriger l'exploitation. Lyon, 12 avril 1832, joint à Civ. rej., 1er fév. 1836, S., 36. 1. 511, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4135, 4099-2°. — Bruxelles, 7 juill. 1886, *Pasicr.*, 86. 2. 253. — L'exception de l'art. 1326 n'est pas applicable aux billets souscrits par un cultivateur auquel est attribuée l'unique qualité de propriétaire. Req., 12 fév. 1861, D. P., 61. 1. 363. — Cour suprême de justice de Luxembourg, 14 août 1890, S., 91. 4. 32. — Jugé qu'en cette matière, il faut d'une façon générale, quant à la dénomination de laboureur,

vignerons (1), *gens de journée et de service* (2). Ces diverses catégories de personnes, qui constituent la partie la plus

consulter la position du souscripteur, son éducation, son degré d'instruction, le rang qu'il tient dans le monde, la nature de ses occupations, l'importance de son exploitation. Caen, 14 avril 1847, D., *Répert. alph.*, v° *cit.*, n. 4135. — Trib. civ. Bruxelles, 15 nov. 1878, *Pasicr. belge*, 79. 3. 207. — Bruxelles, 7 juill. 1886, précité. — V. dans le même sens, Demolombe, XXIX, n. 481; Laurent, *loc. cit.* — V. aussi Req., 17 fév. 1836, S., 36. 1. 160, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4133, 4135-1°. — Nîmes, 4 mai 1852, S., 53. 2. 106. — Bourges, 21 avril 1866, S., 66. 2. 363, D. P., 66. 2. 120. — Bordeaux, 24 déc. 1886, *Journ. des arrêts de Bordeaux*, 1887, p. 30. — L'exception établie quant aux *laboureurs* ne concerne pas tous les *cultivateurs*. Req., 12 fév. 1861, S., 62. 1. 83, D. P., 61. 1. 363. — Mais il a été jugé : 1° que, par l'expression *laboureur*, le législateur a entendu désigner celui qui laboure ses propres terres, comme celui qui laboure les terres d'autrui : « que la loi ne distingue pas et que, d'ailleurs, elle n'a pu entendre par ce mot *laboureur* celui qui travaillait pour autrui, parce que cet individu rentrerait dans la classe des gens de service et de journée ». Nîmes, 4 janv. 1830, S. chr., IX. 2. 371, col. 3, D., *Rép. alph.*, v° *cit.*, n. 4136-2°. — V. aussi Req., 25 fév. 1818, S. chr., V. 1. 441. — Bordeaux, 22 juill. 1829, S. chr., IX. 2. 305, D., *loc. cit.* — Trib. civ. d'Argentan, 7 déc. 1898, *Droit*, 1er fév. 1899. — *Sic* les auteurs précités. — *Adde* Huc, VIII, n. 246, p. 307. — 2° qu'il en est ainsi alors même que le cultivateur dont il s'agit se fasse aider par des domestiques. Grenoble, 27 août 1818 et 31 mai 1819, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4136-1°; 22 août 1829, S. chr., IX. 2. 327, D., *loc. cit.* — *Sic* les auteurs précités. — 3° que le dernier alinéa de l'art. 1326 s'applique au fils d'un agriculteur occupé dans la maison de son père. Caen, 24 janv. 1839, D., *op.* et v° *cit.*, n. 1715-1°. — 4° que le jugement constatant qu'une femme appartient à la classe des cultivateurs et expliquant en outre qu'elle n'a reçu qu'une instruction sommaire, exprime suffisamment que cette femme doit être rangée dans la classe des laboureurs et que, par suite, la disposition de l'art. 1326, al. 2, est applicable aux obligations souscrites par elle. Req., 13 janv. 1904, S., 1904. 1. 399, D. P., 1904. 1. 367. — D'après les auteurs, peu importe, pour l'application du dernier alinéa de l'art. 1326, que les signataires des billets se livrent à des travaux agricoles proprement dits ou à l'élevage des bestiaux. V. les auteurs précités.

(1) « Considérant, dit la cour de cassation, que la loi ne fait aucune distinction entre le vigneron qui cultive ses propres vignes et le vigneron qui cultive les vignes d'autrui; qu'au contraire, elle repousse cette distinction en parlant des gens de journée et de service après avoir parlé spécialement des laboureurs et des vignerons; qu'il est de principe élémentaire que le juge ne doit pas distinguer où la loi ne distingue pas ». Civ. cass., 23 fév. 1824, S. chr., VII. 1. 402, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4138. — Cependant de ce qu'un propriétaire cultive ses vignes, il ne résulte pas nécessairement qu'il doive être considéré comme un vigneron. Les juges doivent tenir compte des circonstances. Demolombe et Laurent, *loc. cit.*

(2) Peu importe que leurs gages soient fixés à l'année, au mois, au jour ou de toute autre manière. Peu importe aussi que ces individus soient attachés au service de la personne, du ménage, de la propriété, d'un magasin, d'une usine, d'une manufacture ou d'un établissement industriel quelconque. Larombière, VI, p. 99 (art. 1326, n. 24); Demolombe, XXIX, n. 483. — La cour d'Amiens, par un arrêt du 29 déc. 1899, a décidé que l'al. 2 de l'art. 1326 s'applique à l'individu employé dans une sucrerie en qualité de journalier ou d'homme de peine. *Rec. d'Amiens,*

nombreuse de la population, représentent malheureusement aussi les classes les plus inexpérimentées et les plus ignorantes. Il semble que c'est surtout pour elles qu'eût dû être écrite la disposition protectrice de l'art. 1326, puisque c'est parmi elles que la fraude recrute ses principales victimes. Ne peut-on pas dire que la loi, par une étrange anomalie, retire sa protection à ceux qui en ont le plus besoin, et qu'elle la réserve pour ceux qui, par leur instruction, sont le mieux en état de se protéger eux-mêmes (1)? L'auteur de la déclaration de 1733 et les rédacteurs du Code civil expliquent, il est vrai, l'exception critiquée, en disant que, parmi les personnes qui y sont comprises, beaucoup savent signer sans savoir écrire, et que, leur imposer la formalité du *bon* ou *approuvé*, c'eût été les contraindre à faire les frais d'un acte notarié (2). A l'époque de la promulgation du Code civil, cette raison pouvait avoir quelque importance; mais, aujourd'hui, en présence des développements qu'a déjà reçus l'instruction publique et de son extension toujours croissante, elle ne suffit certainement plus pour justifier une exception sous le poids de laquelle la règle succombe. A ce point de vue, la disposition surannée du second alinéa de l'art. 1326 appelle une réforme urgente. Il est désirable qu'elle soit supprimée ou, du moins, qu'elle ne soit maintenue qu'en ce qui regarde les commerçants. Telle a été la manière de voir du législateur italien de 1865. Après avoir

1899. 223. — Il a été jugé, toutefois, qu'une femme caissière chez un commerçant ne saurait être comprise parmi les gens de service ou de journée, dans le sens de l'art. 1326. — Trib. civ. Versailles, 7 août 1890, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1717. — Il a été jugé dans le même sens relativement à un sacristain. — Lyon, 14 mai 1833, D., *Rép. alph.*, v° *cit.*, n. 4141.

(1) Marcadé, V, sur l'art. 1326, IV.

(2) « Il était sage, dit Bigot-Préameneu dans l'*Exp. des mot.*, de ne pas priver de la facilité de traiter sans avoir recours aux notaires, un grand nombre de personnes qui ne savent pas suffisamment écrire ». Fenet, XIII, p. 294; Locré, XII, p. 398, n. 194. — « Il a donc fallu, dit aussi Jaubert dans son rapport, admettre une modification en faveur des individus qui, par leur état, sont présumés ne savoir que signer : autrement ils seraient forcés, pour les plus petits intérêts, de passer des actes publics, ce qui leur causerait de grands frais qui souvent excèderaient le montant de l'obligation ». Fenet, XIII, p. 385; Locré, XII, p. 514, n. 12. — V. aussi le discours du tribun Mouricault, Fenet, XIII, p. 441; Locré, XII, p. 582, n. 47.

reproduit les termes du premier alinéa de notre texte, il s'est borné à dire : « Cette disposition ne s'applique pas aux matières commerciales » (1).

2326. Quand il s'agit de savoir si un acte qui, de sa nature, est soumis à la formalité du *bon* ou *approuvé*, s'en trouve affranchi à raison de la qualité du signataire, on doit se reporter *au temps où cet acte a été rédigé* (2). Ainsi celui qui était commerçant lorsqu'il a souscrit un billet, ne sera pas fondé à arguer de l'inobservation des formalités précitées, s'il avait cessé d'être commerçant à l'époque de l'échéance ; il le pourrait au contraire si, devenu commerçant lors de l'échéance, il ne l'était pas déjà au moment de la souscription du billet (3).

2327. Après avoir excepté les billets « faits par des banquiers, négociants, marchands, manufacturiers, artisans, fermiers, vignerons, manouvriers », le dispositif de la déclaration du 22 septembre 1733 ajoutait : « et autres de pareilles qualités ». Ce texte laissait donc aux juges la faculté d'admettre de nouvelles exceptions. Il n'en est pas de même de l'art. 1326. L'énumération qu'il renferme est certainement limita-

(1) Art. 1325, al. 2. Traduc. Orsier, p. 283.

(2) *Sic* Duranton, XIII, n. 184; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 38; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, § 590, note 26, p. 507; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 242; Larombière, VI, p. 100 (art. 1326, n. 25); Demolombe, XXIX, n. 484; Laurent, XIX, n. 261. — Bruxelles, 28 fév. 1810, S. chr., III. 2. 220, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4144-2°. — Civ. cass., 11 août 1859, S., 60. 1. 47, D. P., 59. 1. 349.

(3) Même solution pour les billets signés par d'anciens artisans. Caen, 15 déc. 1824, S. chr., VII. 2. 459, col. 3, D., *op.* v° *cit.*, n. 4144-1°. — Toutefois, d'après la plupart des auteurs et d'après la jurisprudence, lorsque les billets ont été souscrits par un ancien commerçant ou artisan à un moment très rapproché de celui où il a cessé d'exercer sa profession, et avant que ce changement de position fût généralement connu, ils peuvent être maintenus nonobstant l'omission du *bon* ou *approuvé*, si le bénéficiaire croyait que le signataire était encore marchand ou artisan. Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 243, note 78 ; Larombière et Demolombe, *loc. cit.* — Caen, 15 déc. 1824, précité. — Angers, 30 mai 1873, S., 73. 2. 276. — V. encore, pour les tempéraments apportés par la jurisprudence à notre principe, Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *Répert. gén. alph. du dr. franç.*, v° *Approbation de somme*, n. 136-141. — Jugé notamment que celui qui, à raison de son âge et de ses infirmités, a quitté la profession de laboureur qu'il avait toujours exercée, doit continuer à être placé dans l'exception de l'art. 1326. Besançon, 3 fév. 1853, P., 53. 1. 210. — Grenoble, 19 mars 1881, D. P., 81. 2. 188. — V. cependant Laurent, XIX, n. 261 *in fine*.

tive. Les exceptions doivent s'interpréter strictement, et, aujourd'hui, les tribunaux ne peuvent pas en créer, même en se fondant sur des analogies [1].

2328. Les femmes des commerçants, artisans, laboureurs, vignerons, etc., ne sont pas de plein droit, c'est-à-dire en leur seule qualité de femmes de ces personnes, comprises dans l'exception, et cette solution doit être admise même dans le cas où une de ces femmes s'oblige solidairement avec son mari [2].

Ainsi la circonstance que le mari est marchand ne couvre pas la nullité résultant de ce que la femme a omis le *bon* ou *approuvé* sur le billet à ordre par elle souscrit [3]. Pour que la femme puisse être considérée comme marchande et pour qu'elle rentre dans l'exception de l'art. 1326, il ne suffit pas qu'elle détaille les marchandises du commerce de son mari ou qu'elle l'assiste d'une autre manière dans l'exercice de ce commerce [4], par exemple en tenant son magasin, ses livres ou sa comptabilité, en rédigeant sa correspondance [5].

(1) Laurent, XIX, n. 258. — V. cep. Trib. civ. Lyon, 3 mars 1898, *Mon. jud. Lyon*, 8 juin 1898.

(2) Toullier, VIII, n. 300, avant-dernier alinéa; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 243; Larombière, VI, p. 100 (art 1326, n. 26); Demolombe, XXIX, n. 485-487; Laurent, XIX, n. 260. — Civ. cass., 31 août 1859, S., 60. 1. 47, D. P., 59. 1. 349.

(3) Paris, 16 mai 1812, S. chr., IV. 2. 118, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4148, 4118-1°. — Civ. cass., 12 janv. 1814, S. chr., IV. 1. 508, col. 3 *in fine*, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4148, et v° *Dépôt*, 136-2°; 6 mai 1816, S. chr., V. 1. 185, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4148 et 4118-3°. — Req., 22 avril 1818, S. chr., V. 1. 469, D., *loc. cit.* — Civ. cass., 1er mai 1820, S. chr., VI. 1. 227, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4148. — Grenoble, 9 mai 1820, S., VI. 2. 259, D., *ibid.*: 29 mars 1822, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4148, 4118-3°. — Angers, 11 décembre 1823, S. chr., VII. 2. 275. — Bruxelles, 3 mars 1832, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4148. — V. cependant en sens contraire Paris, 29 mai 1813, S. chr., IV. 2. 321.

(4) Larombière, VI, p. 101 (art. 1326, n. 26); Demolombe, XXIX, n. 486, dern. al.; Laurent, XIX, n. 260, al. 2. — Civ. cass., 1er mai 1820, précité. — Trib. civ, Marseille, 15 fév. 1887, *Rec. des arr. d'Aix*, 87. 2. 212. — Jugé cependant que la femme qui s'occupe du commerce de son mari, doit être réputée marchande publique et que, par suite, l'exception de l'art. 1326 est applicable aux billets souscrits par elle. Paris, 24 avril 1883, *Journ. des trib. de commerce*, 1884, p. 158, n. 10450. — Jugé également que la femme d'un restaurateur qui exploite son établissement conjointement avec lui, est dispensée de la formalité du *bon* ou *approuvé*. Lyon, 18 avril 1875, *Rec. des arr. de Lyon*, XLIII, p. 165.

(5) Larombière, Demolombe, *loc. cit.*

De même la femme d'un laboureur qui n'a pas apposé le *bon* ou *approuvé* sur le billet souscrit par elle à un tiers, ne se trouve pas nécessairement, à raison de la profession de son mari, non recevable à proposer la nullité de cet acte (1).

2329. Quand, parmi les souscripteurs d'un même billet, certains seulement exercent l'une des professions visées par le second alinéa de l'art. 1326, les autres continuent à être soumis à la formalité du *bon pour*. Par suite, dans le cas où ceux-ci ne remplissent pas cette formalité, le billet ne fera pas foi contre eux, mais seulement contre les souscripteurs qui rentrent dans l'exception (2). Toutefois, si ces derniers ont été obligés, l'engagement étant solidaire ou rentrant dans un des cas prévus dans l'art. 1221, de payer au-delà de leur part, ils seront admis à établir que les autres souscripteurs ont eux-mêmes contracté l'engagement contenu dans le billet et à exercer contre eux un recours pour tout ce qu'ils ont payé en sus de leur part (3).

La même preuve pourrait être faite également par le créancier (4).

(1) Demolombe, XXIX, n. 486; Laurent, XIX, n. 260, p. 277-279. — Caen, 3 janv. 1827, et, sur pourvoi, Req., 22 juil. 1828, S. chr., IX. 1. 139, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4149-1°. — Nancy, 21 mars 1842, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4149-2°. — Caen, 28 nov. 1843, S., 44. 2. 661, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4151, et, sur pourvoi, Req., 26 fév. 1845, S., 45. 1. 731, D. P., 45. 1. 431. — Il en est surtout ainsi quand l'exploitation des propriétés du mari occupe de nombreux domestiques et présente une grande importance. Lyon, 12 avril 1832, joint à Civ. rej., 1er fév. 1836, S., 36. 1. 511, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4149, 4099-2°. — V. cep. Riom, 12 juil. 1821, S. chr., VI. 2. 448, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4150. — Grenoble, 26 janv. 1826, S. chr., VIII. 2. 185, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4095-3°. — Rouen, 14 nov. 1828, S. chr., IX. 2. 153. — Lyon, 12 déc. 1829, S. chr., IX. 2. 359, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4150-2°. — Grenoble, 22 août 1829, S. chr., IX. 2. 327, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4153. — Jugé que la femme d'un laboureur alors qu'elle *s'occupait elle-même d'économie agricole*, — comme dit le Tribunal de Dreux, dans son jugement du 15 janvier 1836, — alors qu'elle *s'est immiscée dans le commerce agricole de son mari*, — pour parler comme la cour de cassation, dans son arrêt du 9 décembre 1839, — peut être, comme son mari, dispensée d'observer la règle de l'art. 1326. — Req., 9 déc. 1839, S., 40. 1. 30, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4152.

(2) Duranton, XIII, n. 180-181; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 244-245; Larombière, VI, p. 102 (art. 1326, n. 27; Demolombe, XXIX, n. 488; Laurent, XIX, n. 264.

(3) Aubry et Rau, Larombière, Demolombe, *loc. cit.*

(4) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 245; Demolombe, XXIX, n. 488 *in fine*.

3° Conséquences de l'inaccomplissement de la formalité du *bon pour*.

2330. L'omission de cette formalité a pour effet d'infirmer la *force probante de l'acte,* et de l'empêcher de faire par lui-même contre le souscripteur preuve complète de l'obligation qu'il constate. Le juge ne pourrait donc pas, sans violer la loi, prononcer une condamnation sur le seul fondement d'un semblable écrit (1).

Mais le vice de l'acte n'exerce aucune influence sur la validité de l'obligation, et le créancier pourra la faire exécuter, si elle est prouvée de toute autre manière d'après les principes du droit commun (2).

2331. Jusqu'ici la sanction qui résulte de l'art. 1326 est la même que celle qu'édicte l'art. 1325; mais voici où elles se séparent. L'art. 1325 déclare nuls ou non valables les actes dans lesquels la formalité des doubles n'a pas été remplie. L'art. 1326, moins rigoureux, ne prononce pas la nullité des actes qui ne sont pas revêtus de la formalité du *bon* ou *approuvé;* il se borne à dire que le billet « doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit, ou du moins qu'il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un *bon* ou *approuvé* ». Rien de moins absolu que cette formule, surtout lorsqu'on la place en regard des termes impératifs de la déclaration de 1733, qui déclarait *de nul effet et valeur* les billets non conformes à ses prescriptions. La seule conclusion qu'on en puisse tirer, c'est que l'acte irrégulier ne produit pas l'effet qu'il eût produit s'il avait été revêtu des formes légales, c'est qu'il ne vaut pas comme titre d'obligation. Mais il vaut à tout autre point de vue, puisque la loi ne défend pas d'une manière absolue aux parties de s'en servir

(1) Colmet de Santerre, V, n. 289 *bis*-VI; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 243; Larombière, VI, p. 103 (art. 1326, n. 28); Demolombe, XXIX, n. 489; Laurent, XIX, n. 262; Huc, VIII, n. 247; Arntz, III, n. 327; Thiry, III, n. 132 *in fine*. — Bruxelles, 3 mars 1832, *Pasicr.*, 1832, p. 61. — Liège, 3 mars 1838, *Pasicr.*, 38. 2. 64. — Req., 20 oct. 1896, S., 97. 1. 8, D. P., 96. 1. 528. — Trib. civ. Bourg, 26 déc. 1905, *Loi*, 5 avril 1905, *Mon. jud. Lyon*, 12 avril 1906.

(2) Colmet de Santerre, Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit.;* Duranton, XIII, n. 187-188; Demolombe, XXIX, n. 491; Laurent, XIX, n. 263. — Turin, 20 avril 1808, S. chr., II. 2. 380. — Req., 23 avril 1829, S. chr., IX. 1. 276. — Paris, 19 avril 1830, S. chr., IX. 2. 430. — Req., 20 oct. 1896, précité.

ni au juge d'en tenir compte. D'où il suit que les actes sous seing privé qui ne sont pas conformes à l'art. 1326, à la différence de ceux pour lesquels les formalités de l'art. 1325 n'ont pas été observées (1), peuvent constituer un commencement de preuve par écrit, susceptible de donner passage à la preuve testimoniale, ainsi qu'à la preuve par simples présomptions, et d'autoriser la délation du serment supplétoire. Cette solution, à laquelle conduit le texte de la loi, est en harmonie parfaite avec l'esprit qui lui a inspiré ces deux dispositions. Lorsqu'elle a exigé la formalité des doubles, elle a voulu que les contractants, puisque leurs conventions étaient constatées par écrit et qu'elles les obligeaient réciproquement, fussent tous dans une position égale au point de vue de la preuve littérale qu'ils avaient eu l'intention de se procurer; elle devait donc, pour être conséquente, enlever toute valeur à l'acte fait simple et qui par suite ne pouvait appartenir qu'à une seule des parties. Mais le législateur se propose d'atteindre un but tout différent par l'art. 1326 : dans sa pensée, la formalité du *bon* ou *approuvé* doit paralyser les tentatives de la fraude; cependant l'absence de cette mention n'est pas un indice certain de mauvaise foi, elle peut être le résultat de l'oubli ou de l'ignorance. Il ne devait donc pas frapper l'acte non conforme aux prescriptions de l'art. 1326 d'une inefficacité absolue, afin de permettre au créancier de l'invoquer et d'établir, en le complétant au moyen d'autres preuves, la légitimité de sa créance; c'était servir la cause de la bonne foi (2).

(1) Tel est, du moins, notre avis et celui de quelques auteurs. La majeure partie de la doctrine, au contraire, enseigne, comme on l'a vu, que l'acte sous seing privé qui est irrégulier comme n'ayant pas été fait conformément aux prescriptions de l'art. 1325, peut servir de commencement de preuve par écrit. V. *supra*, n. 2290.

(2) Sic Duranton, XIII, n. 189-190; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Approbation d'écriture*, n. 62-64; Colmet de Santerre, V, n. 289 *bis*-VI; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 244, texte et note 84; Larombière, VI, p. 103 (art. 1326, n. 28, al. 2); Bonnier, *op. cit.*, n. 678; Demolombe, XXIX, n. 492; Laurent, XIX, n. 530; Arntz, III, n. 327; Thiry, III, n. 132 *in fine*: Huc, VIII, n. 247; Planiol, II, 1re éd., n. 1211 *in fine*, 2e et 3e éd., n. 1160 *in fine*. — Turin, 20 avril 1803 précité. — Civ. rej., 2 juin 1823, S. chr., VII. 1. 255, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4075-2°. — Caen, 8 avril 1825, S. chr., VIII. 2. 59, col. 3; 8 août 1825, S. chr., VIII. 2. 125. — Orléans, 14 janv.

2332. L'irrégularité de l'acte, provenant de l'omission du *bon* ou *approuvé*, peut être couverte, comme dans le cas de l'art. **1325**, par l'*exécution volontaire de l'obligation*. Il y a pour l'admettre une raison *a fortiori*, puisque l'acte est vicié d'une manière moins grave (1).

Aucune difficulté ne peut surgir quand l'exécution est totale; mais, pour l'exécution partielle, il faut faire une distinction. Elle confirme l'acte, et lui restitue toute sa force probante, si elle fait connaître le montant de la promesse, si elle consiste par exemple dans un paiement d'intérêts correspondant à la totalité de la somme mentionnée dans le billet ou encore si le chiffre de la dette est constaté par une quittance d'acompte acceptée et représentée en justice par le

1828, S. chr., IX. 2. 9, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4099. — Grenoble, 14 mai 1828, S. chr., IX. 2. 30, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4143. — Req., 1er juillet 1828, S. chr., IX. 1. 122, D. P., 28. 1. 308. — Lyon, 18 déc. 1828, S. chr., IX. 2. 172, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4176-1°. — Req., 4 fév. 1829, S. chr., IX. 1. 227; 4 mai 1831, S., 31. 1. 197, D. P., 31. 1. 189; 21 mars 1832, S., 32. 1. 251, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4175. — Civ. rej., 6 fév. 1839, S., 39. 1. 289, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4177-4°. — Paris, 14 mai 1846, S., 46. 2. 299, D. P., 46. 2. 138. — Metz, 28 mars 1833, S., 35. 2. 49, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4176-3°. — Req., 13 déc. 1853, S., 54. 1. 17, D., *Répert. alph.*, v° *cit.*, n. 4177-4°. — Lyon, 17 juin 1871, S., 71. 2. 222, D. P., 71. 2. 192. — Poitiers, 5 mai 1879, S., 79. 2. 254, D. P., 79. 2. 165. — Req., 7 juin 1882, S., 84. 1. 157, D. P., 83. 1. 194. — Bordeaux, 31 janv. 1888, S., 88. 2. 155. — Pau, 13 mars 1888, S., 90. 2. 66, D. P., 89. 2. 135. — Req., 21 oct. 1890, S., 93. 1. 182; 30 nov. 1891, S., 92. 1. 78, D. P., 93. 1. 285. — Paris, 29 juil. 1902, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 375. — Douai, 27 janv. 1903, D. P., 1903. 2. 234. — V. aussi Req., 16 fév. 1892, S., 93. 1. 409. — Trib. civ. Lyon, 4 juin 1892, *Mon. jud. Lyon*, 27 juil. 1892. — Req., 21 oct. 1893, S., 93. 1. 182. — Trib. civ. Bordeaux, 16 avril 1894, *Journ. arr. de Bordeaux*, 94. 3. 111. — Orléans, 5 mai 1897, S., 97. 2. 303. — Trib. civ. Seine, 22 juin 1898, *Droit*, 4 août 1898; 7 juil. 1899, *Droit*, 22 déc. 1899. — Douai, 12 avril 1900, D. P., 1901. 2. 139. — Trib. civ. Lyon, 15 mai 1900, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e semestre, 2. 234. — Trib. civ. Tulle, 27 mars 1901, *Rec. Rom*, 1901. 359. — Trib. civ. Pau, 27 janv. 1902, *Loi*, 3 juin 1902. — Paris, 29 juil. 1902, *Pand. fr.*, 1903. 1. 291. — V. enfin Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, sous l'art. 1326, n. 148 à 151. — *Contra* Delvincourt, II, p. 613. — Civ. cass., 3 nov. 1812, S. chr., IV. 1. 212, col. 3 *in fine*, D., *Répert. alph.*, v° *cit.*, n. 4172-1°. — Paris, 5 déc. 1816, joint à Req., 22 avril 1818, S. chr., V. 1. 469. — Amiens, 17 janv. 1823, S. chr., VII. 2. 159. — Metz, 7 fév. 1823, S. chr., VII. 2. 169, D., *op.* v° *cit.*, n. 4173. — Bourges, 11 janv. 1825, S. chr., VIII. 2. 4, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4172-2°. — Lyon, 26 janv. 1828, S. chr., IX. 2. 24, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4173. — Paris, 19 avril 1830, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4172-3°. — Orléans, 24 déc. 1864, S., 65. 2. 213. — Lyon, 22 nov. 1904, *Mon. jud. Lyon*, 7 fév. 1905. — Trib. civ. Bourg, 26 déc. 1905, *Loi*, 5 avril 1906, *Mon. jud. Lyon*, 12 avril 1906.

(1) Laurent, XIX, n. 265.

débiteur. Mais, si elle ne rend pas certaine la somme ou la quantité de la chose due, elle est impuissante à effacer le vice de l'acte, et le souscripteur pourra toujours soutenir qu'il s'est engagé pour une somme ou une quantité moins forte que celle mentionnée. Car précisément la formalité du *bon* ou *approuvé* a été instituée pour garantir que le signataire a connu exactement le montant de l'obligation exprimée (1).

2333. La nullité de l'acte sous seing privé fait en contravention à l'art. 1326 ne saurait se couvrir par la prescription décennale de l'art. 1304. La disposition de ce texte ne lui est pas applicable. Cet acte ne peut pas, en effet, après l'expiration de dix ans à partir de sa date, prouver plus qu'auparavant. Dans l'hypothèse visée par l'art. 1304, il s'agit de l'action en nullité ou en rescision d'une convention, tandis que, dans notre cas, il est question de l'action en nullité d'un écrit envisagé comme preuve (2).

2334. Telles sont les conséquences qu'il faut assigner à l'omission des formes prescrites par l'art. 1326. Mais il peut se faire aussi que ses prescriptions n'aient été qu'imparfaitement remplies. Ainsi il n'y a pas conformité entre le corps de l'acte et le *bon* ou *approuvé* quant au chiffre de la somme ou de la quantité qu'ils énoncent. Le Code prévoit cette hypothèse dans l'art. 1327 : « *Lorsque la somme exprimée* » *au corps de l'acte est différente de celle exprimée au* bon, » *l'obligation est présumée n'être que de la somme moindre,* » *lors même que l'acte ainsi que le* bon *sont écrits en entier* » *de la main de celui qui s'est obligé, à moins qu'il ne soit* » *prouvé de quel côté est l'erreur* ».

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 245, note 87; Larombière, VI, p. 104 (art. 1326, n. 29); Demolombe, XXIX, n. 495; Laurent, *loc. cit.*; Huc, VIII, n. 247, al. 2. — Toullier estime, au contraire, que l'exécution partielle couvre toujours la nullité résultant de l'omission du *bon* ou *approuvé*. Dans ce sens, il tire un argument d'analogie de la fin de l'art. 1325. — VIII, n. 302. — Cet argument est sans valeur, car, ainsi qu'on l'a vu par nos précédentes explications, le motif de la nullité de l'acte non fait double et celui de la nullité de l'acte non revêtu du *bon pour* sont tout différents. — *Adde* Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 71-72. — Cpr. Aubry et Rau, Demolombe, *loc. cit.*

(2) Duranton, XIII, n. 185; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Approbation d'écriture*, n. 74; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 245; Laurent, XIX, n. 266. — V. notre tome III, n. 2035.

Les rédacteurs du Code ont emprunté cette disposition, non à la déclaration de 1733, qui n'avait pas prévu l'hypothèse, mais à l'ouvrage de Pothier, qui l'avait au contraire longuement examinée. Il s'inspirait, pour en résoudre les difficultés, de cette règle d'interprétation, reproduite par l'art. 1162, que, dans le doute, la présomption est toujours en faveur du débiteur [1]. L'application des principes suffisait donc pour trancher la question; c'était l'affaire de la doctrine, et le législateur aurait pu se dispenser de s'en occuper [2].

L'interprétation du doute en faveur du débiteur a lieu toutes les fois qu'il n'y a pas conformité entre le corps de l'acte et le *bon pour* au point de vue du chiffre de la somme ou de la quantité qui fait l'objet de l'obligation. Il faut donc l'admettre même quand le corps de l'acte et le *bon pour* sont écrits en entier de la main du débiteur et que le premier porte le chiffre le plus élevé. « On a décidé, dit Bigot-Préameneu dans l'*Exposé des motifs,* qu'il n'y a point à distinguer si la somme plus forte se trouve dans le corps de l'acte ou seulement dans le *bon,* et que dans ces deux cas, et lors même que l'acte ainsi que le *bon* seraient écrits en entier de la main de celui qui serait obligé, on ne peut exiger que la somme moindre. Il n'y a pas de motif pour supposer que celui qui s'oblige ait son attention plus fixée et qu'il soit moins capable d'erreur quand il écrit le corps du billet que quand il met le *bon.* Il reste, dans ce cas, comme dans les autres, un doute suffisant pour que la faveur de la libération doive prévaloir, à moins que ce doute ne soit levé par d'autres circonstances » [3]. On peut faire observer, il est vrai, que, dans notre hypothèse, puisque le corps de l'acte est écrit en entier de la main du débiteur, le *bon pour* n'était pas nécessaire et que, par suite, conformément à la règle *utile per inutile non vitiatur,* il fallait reconnaître au billet la force probante qu'il

[1] Pothier, *Oblig.,* n. 746 (édit. Dupin, I, p. 442).

[2] Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 246; Demolombe, XXIX, n. 496; Laurent, XIX, n. 252, p. 268 *in fine:* Planiol, II, 1re édit., n. 1212, 2e et 3e édit., n. 1161.

[3] Fenet, XIII, p. 294 *in fine;* Locré, XII, p. 398, n. 195.

aurait eue en l'absence de cette superfétation. Mais les termes absolus de la loi interdisent toute distinction [1].

La règle de l'art. 1327 s'applique aussi même quand le corps de l'acte est d'une écriture étrangère et que le chiffre le plus élevé figure dans le *bon pour*. On ne saurait prétendre que celui-ci, renfermant l'indication du chiffre écrite en toutes lettres par le débiteur lui-même, doit prévaloir sur le corps de l'acte. La façon dont s'exprime le législateur s'y oppose [2].

2335. Mais la règle posée dans l'art. 1327 n'est applicable que lorsqu'il n'existe pas des éléments de preuve permettant de découvrir *de quel côté est l'erreur*. Le créancier est donc recevable à démontrer que l'obligation est de la somme la plus forte.

Dans certains cas, les énonciations mêmes du billet permettent d'établir quel est le chiffre inexact. Il en sera ainsi notamment s'il est expliqué que la somme est due pour fourniture d'un certain nombre d'objets semblables à tant la pièce, par exemple pour fourniture de 10 barriques de vin à 200 fr. la barrique. Il est évident que, dans ce cas, entre le chiffre de 2.000 fr. et un autre, c'est le premier qu'on doit considérer comme exact [3].

Lorsque les termes du billet ne permettent pas de découvrir l'erreur, le créancier peut, pour l'établir, employer toute espèce de preuve. Il peut, par conséquent, recourir aux témoignages et aux présomptions. Il a toujours, en effet, un commencement de preuve par écrit, qui lui est fourni par le *bon pour*, s'il s'agit de combattre l'indication placée dans le corps de l'acte, et par celui-ci, s'il s'agit de prouver contre le *bon pour* [4].

(1) Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 58; Demolombe, XXIX, n. 497-2°. — C'est ce que décidait Pothier. *Oblig.*, n. 746, al. 2.

(2) Demolombe, XXIX, n. 497-3°; Arntz. III, n. 328; Thiry, III, n. 131 *in fine*. — Telle était, d'ailleurs, la décision de Pothier, *op. cit.*, n. 747.

(3) Pothier, *loc. cit.*

(4) Toullier, VIII, n. 297, al. 3; Duranton, XIII, n. 193; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 245 *in fine*; Larombière, VI, p. 106 (art. 1327, n. 2); Demolombe, XXIX, n. 499; Laurent, XIX, n. 252; Huc, VIII, n. 217 *in fine*.

B. *De la force probante de l'acte sous seing privé.*

2336. Comme pour l'acte authentique, nous verrons successivement quelle est la force probante de l'acte sous seing privé considéré en lui-même, et quelle est celle qui s'attache à son contenu.

Le principe fondamental de la matière est posé dans l'art. 1322, que nous faisons connaître tout d'abord parce qu'il domine toutes nos explications : « *L'acte sous seing privé,* » *reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu* » *pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs* » *héritiers et ayant-cause, la même foi que l'acte authenti-* » *que* ».

N° 1. *Force probante de l'acte sous seing privé considéré en lui-même.*

2337. L'acte sous seing privé ne fait pas par lui-même preuve de sa vérité (arg. des mots *reconnu* et *tenu pour reconnu* de l'art. 1322). Comme la signature des parties constitue la forme substantielle de l'acte sous seing privé, cela revient à dire que cette signature n'est pas, par le seul fait de son apposition, présumée, jusqu'à preuve contraire, émaner de celui dont elle exprime le nom. Il en est autrement de l'acte public, auquel il suffit de la simple apparence authentique pour jouir d'une présomption d'authenticité. Tandis que l'acte public se prouve lui-même, *acta probant se ipsa,* suivant l'énergique expression de Dumoulin, l'acte sous seing privé, au contraire, ne se prouve pas lui-même. La raison de cette différence, c'est que, l'acte sous seing privé portant des signatures inconnues, les faux en écriture privée se commettent plus facilement et sont, par suite, plus fréquents que les faux en écriture authentique. En outre, la peine étant moins sévère, puisqu'elle ne consiste que dans la réclusion (C. pén., art. 150 et 151), le pouvoir d'intimidation de la loi se trouve moindre (1).

2338. Mais l'acte sous seing privé acquiert, au point de vue qui nous occupe, la même force probante que l'acte

(1) V. *supra*, n. 2375.

authentique, lorsque celui à qui on l'oppose a *reconnu* que la signature est bien de lui ou de son auteur, ou, en cas de dénégation, quand elle a été, par un jugement, légalement *tenue pour reconnue*, c'est-à-dire après une vérification dans les formes prescrites par le Code de procédure civile. Art. 193 à 213. Dans les deux cas, l'acte sous seing privé fait preuve de la sincérité de la signature jusqu'à inscription de faux. Art. 214 C. pr. civ.

La reconnaissance volontaire ou la vérification en justice doivent porter, tantôt sur la signature seulement, si l'acte sous seing privé vaut sous la seule condition d'être signé par le souscripteur (ce qui est le cas ordinaire), tantôt sur l'écriture et la signature à la fois, quand l'acte ne peut être régulier qu'à la condition d'être, non seulement signé, mais encore écrit par lui en tout ou en partie. Tel est le cas du testament olographe, de la formalité du *bon* ou *approuvé*, etc.

2339. Il ne faut pas exagérer toutefois l'infirmité naturelle des actes sous seing privé, et dire qu'ils sont destitués absolument de toute force probante. Comme ils sont, en général, sincères, la loi leur attache une présomption de vérité simplement provisoire. Ainsi celui qui veut en faire usage n'est pas préalablement tenu d'en obtenir la reconnaissance ou d'en faire opérer la vérification; il peut *de plano* l'opposer au signataire apparent. Si ce dernier garde le silence ou s'il se défend au fond, il est censé reconnaître la vérité de l'acte qui lui est opposé [1]. D'après l'édit de décembre 1684, au contraire, pour que le porteur d'un acte sous seing privé pût obtenir condamnation, il fallait qu'il eût préalablement formé une demande en reconnaissance d'écriture. Toutefois, aux termes de la déclaration du 15 mai 1703, cette demande

[1] Toullier, VIII, n. 229; Duranton, XIII, n. 113-114 (cet auteur avait d'abord soutenu l'opinion contraire dans son *Traité des contrats)*; Aubry et Rau, 4e éd., VIII, p. 246; Larombière, VI, p. 18-20 (art. 1323-1324, n. 7); Demolombe, XXIX, n. 370; Laurent, XIX, n. 268; Garsonnet, *Tr. th. et prat. de proc. civ.*, 1re édit., II, § 314, p. 441, 2e édit., II, § 798, p. 648; Huc, VIII, n. 236 *in fine:* Planiol, II, 1re édit., n. 73, 2e et 3e édit., n. 69. — Req., 24 juin 1806, D., *Répert. alph.*, vo *Oblig.*, n. 3860-1o, et vo *Domicile élu*, n. 128. — Civ. cass., 7 fév. 1814, S. chr., IV. 1. 531, col. 2 *in fine*, D., *op. cit.*, vo *Oblig.*, n. 3860, et vo *Enreg.*, n. 2140. — Req., 27 août 1835, S., 35. 1. 584, D., *op. cit.*, vo *Oblig.*, n. 3860-4o.

n'était pas exigée pour les effets de commerce. La disposition de l'édit de 1684 a été abrogée par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII, qui a réuni en un seul corps les 36 lois composant le Code civil.

2340. Mais le signataire apparent de l'acte sous seing privé n'a besoin, pour lui ôter toute espèce de valeur, que de déclarer que la signature ou l'écriture n'est pas la sienne. Cette dénégation fait naître une présomption de fausseté égale à la présomption de vérité qui s'attachait à l'acte sous seing privé, et, par suite, la preuve qu'il est sincère incombe à celui qui le produit [1].

Seulement la loi exige une déclaration catégorique, un *désaveu formel,* au moins lorsque l'acte est opposé au signataire apparent; il ne pourrait pas se borner à répondre qu'il n'en connaît pas l'écriture ou la signature; car, puisqu'il peut savoir à première vue si elle est ou non la sienne, cette attitude serait inexplicable [2]. La loi se contente, au contraire, d'une *simple méconnaissance,* quand l'acte est opposé aux héritiers ou ayants cause du prétendu signataire, parce qu'on peut ne pas connaître l'écriture ou la signature de son auteur. Cette distinction se trouve dans l'art. 1323, ainsi conçu : « *Celui auquel on oppose un acte sous seing privé, est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature. — Ses héritiers ou ayants cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur* ».

2341. L'art. 1324 ajoute : « *Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice* ».

Quelle est la portée de cette disposition? Lorsqu'il y a, soit dénégation formelle de la part du signataire apparent, soit

(1) Jugé que si l'expéditeur dénie l'écriture et la signature de la déclaration d'expédition que la compagnie de chemin de fer lui oppose, il incombe à celle-ci de faire la preuve de la sincérité de cette écriture et de cette signature. Lyon, 21 novembre 1903, D. P., 1906. 2. 134.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 246-247, texte et note 92; Larombière, VI, p. 21 (art. 1323-1324, n. 9). — Req., 9 décembre 1839, S., 40. 1. 30, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4152. — Caen, 3 juin 1862, D. P., 62. 2. 129.

méconnaissance de la part de ses héritiers ou ayants cause, les juges doivent, s'il y a lieu, ordonner, préalablement à toute condamnation et même d'office, la vérification de l'écriture ou de la signature déniée ou méconnue (1). Nous disons : *s'il y a lieu*. Les juges, en effet, ne sont tenus d'ordonner cette vérification que s'ils ne trouvent pas d'ores et déjà dans la cause des éléments de conviction suffisants pour servir de base à leur décision. Mais, au contraire, s'ils se considèrent comme assez éclairés, ils peuvent immédiatement, sans recourir à aucune autre mesure d'instruction, admettre l'acte comme sincère (2) ou le rejeter comme faux (3). Le texte de l'art. 1324 n'est pas assez explicite pour qu'il soit permis de dire qu'il déroge à ce principe que le juge est, de plein droit, le premier expert. Au surplus, les dispositions du Code de procédure civile ne laissent aucun doute sur l'exactitude de cette solution : « La vérification en *pourra* être ordonnée », dit l'art. 195. « Le jugement qui *autorisera* la vérification, ordonnera qu'elle sera faite... », porte l'art. 196. Enfin l'art. 323, plus décisif encore, s'exprime ainsi : « Les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des experts, si leur conviction s'y oppose ». On ne peut pas raisonnablement admettre que les juges soient tenus d'ordonner une expertise dont ils entendent ne pas faire cas (4).

(1) Civ. cass., 10 juillet 1816, S. chr., V. 1. 216, D., *Rép. alph.*, v° *Vérif. d'écrit.*, n. 72-1° et v° *Compét. civ. des trib. d'arrond.*, n. 419; 15 juillet 1834, S., 34. 1. 649, D., *op. cit.*, v° *Vérif. d'écrit.*, n. 72-1°; 6 février 1837, S., 37. 1. 201, D., *op.* et v° *cit.*, n. 72-2°. — Cpr. Civ. cass., 1er mai 1872, S., 72. 1. 237, D. P., 72. 1. 191. — Req., 29 janvier 1894, S., 94. 1. 240, D. P., 94. 1. 160.

(2) Req., 25 août 1813, S. chr., IV. 1. 427, col. 3 *in fine*, D., *Rép. alph.*, v° *Succ.*, n. 399; 11 février 1818, S. chr., V. 1. 419, col. 3 *in fine*, D., *op. cit.*, v° *Vérif. d'écrit.*, n. 88-2°; 13 avril 1824, S. chr., VII. 1. 434, D., *op.* v° *cit.*, n. 70-3°. — Bastia, 2 juin 1828, S. chr., IX. 1. 89, col. 3 *in fine*, D., *op. cit.*, v° *Disp. entre vifs*, n. 2976. — Req., 9 février 1830, S. chr., IX. 1. 449, D., *Rép. alph.*, v° *Vérif. d'écrit.*, n. 70-1°, et v° *Interdiction*, n. 184-2°. — Rennes, 12 avril 1835, S., 36. 2. 272. — Req., 24 mai 1837, S., 37. 1. 519, D., *op. cit.*, v° *Vérif. d'écrit.*, n. 70-1°; 3 déc. 1839, S., 40. 1. 190, D., *ibid.*; 9 déc. 1839, S., 40. 1. 30, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4152; 3 juillet 1850, S., 50. 1. 705, D. P., 50. 1. 210.

(3) Req., 23 août 1836, S., 36. 1. 740; 14 mars 1837, S., 37. 1. 199, D., *Rép. alph.*, v° *Vérif. d'écrit.*, n. 70-4° et 67; 14 juin 1843, S., 43. 1. 685, D., *op.* et v° *cit.*, n. 9 et 88-1°.

(4) *Sic* Boncenne, *Proc. civ.*, III, p. 486; Chauveau sur Carré, *Quest.*, 803 *ter*;

N° 2. *De la force probante du contenu de l'acte sous seing privé.*

2342. Nous supposons, bien entendu, que l'acte sous seing privé a été reconnu ou légalement tenu pour reconnu.

Il faut distinguer tout d'abord, et cette distinction est capitale, la réalité matérielle et la sincérité morale des déclarations qui y sont portées.

Sous le premier point de vue, la formule de l'art. **1322** est vraie : l'acte sous seing privé a absolument la même force probante que l'acte authentique. Ainsi il prouve jusqu'à inscription de faux que les parties contractantes ont écrit telle clause, ont apposé telle date sur l'acte qu'elles ont dressé de leurs conventions ; car soutenir le contraire, c'est évidemment affirmer que l'acte a été falsifié après coup.

Mais la formule légale cesse d'être vraie quand on se place au point de vue de la sincérité des déclarations des parties. Dans l'acte authentique, on distingue, au point de vue de la foi qui leur est due, deux ordres de mentions. Il y a d'abord les mentions qu'on ne peut contredire qu'en attaquant la véracité de l'officier public : ce sont celles qui relatent des faits accomplis par lui-même ou dont il constate l'existence sur le témoignage de ses propres sens. Il y a ensuite les mentions pour lesquelles une affirmation contraire n'attaque que la véracité des parties : ce sont celles qui se rapportent aux

Pigeau, *Comment. de proc.*, I, p. 427 ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 247, texte et note 94 ; Larombière, VI, p. 22-23 (art. 1323-1324, n. 10, al. 2 ; Bonnier, *op. cit.*, n. 715 ; Demolombe, XXIX, n. 371-372 ; Laurent, XIX, n. 270 ; Garsonnet, *Traité th. et prat. de proc.*, 1re édit., II, § 278, p. 324, et § 314, p. 441-442, 2e édit., II, § 709, p. 506, et § 798, p. 648 ; Huc, VIII, n. 237, p. 294 *in fine*. — V., outre les arrêts cités aux deux précédentes notes, Caen, 10 juin 1862, joint à civ. rej., 26 juil. 1864, S., 65. 1. 33, D. P., 64. 1. 347. — Civ. cass., 1er mai 1872, précité. — Dijon, 19 fév. 1873, S., 74. 2. 14, D. P., 75. 5. 479. — Req., 23 mars 1874, S., 74. 1. 265, D. P., 76. 1. 278 ; 28 mars 1876, S., 76. 1. 215, D. P., 77. 1. 492 ; 7 fév. 1882, S., 83. 1. 20, D. P., 82. 1. 367. — Orléans, 14 mai 1883, S., 83. 2. 76. — Civ. cass., 4 août 1884, S., 85. 1. 477, D. P., 85. 1. 209. — Req., 25 mai 1892, S., 93. 1. 134 ; 29 janv. 1894, précité ; 26 juin 1894, S., 95. 1. 435, D. P., 94. 1. 439 ; 28 oct. 1896, S., 1900. 1. 518. — Lyon, 30 mars 1897, et Paris, 24 juin 1897, S., 97. 2. 272. — Trib. civ. Seine, 12 janv. 1900, *Loi*, 22 fév. 1900. — Trib. civ. Largentière, 28 juin 1900, *Loi*, 21 juill. 1900. — Bordeaux, 4 juill. 1900, D. P., 1901. 2. 447. — Paris, 14 mars 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 100. — Trib. civ. Seine, 8 nov. 1901, *Droit*, 13-14 janv. 1902. — Req., 19 mars 1902 et 30 avril 1902, D. P., 1902. 1. 220 ; 10 déc. 1902, S., 1903. 1. 285. — *Contra* Rauter, *Procéd.*, n. 198.

faits déclarés par elles. Les premières font foi jusqu'à inscription de faux ; les secondes, seulement jusqu'à preuve du contraire [1]. Dans les actes sous seing privé, il n'y a naturellement que des mentions de la seconde catégorie, puisqu'aucun officier public n'intervient dans sa confection. Donc l'acte sous seing privé n'a pas la même foi que l'acte authentique, puisqu'il ne fait toujours foi de la sincérité des mentions qu'il contient que jusqu'à preuve contraire.

2343. Nous nous bornons à signaler la conséquence pratique qui en résulte au point de vue de la *date*. Les actes authentiques font preuve de leur date jusqu'à inscription de faux, parce qu'on ne peut soutenir que leur date est inexacte qu'en accusant l'officier public d'avoir altéré la vérité. L'acte sous seing privé, au contraire, ne fait preuve de la sincérité de sa date que jusqu'à preuve contraire, parce qu'elle s'analyse dans la déclaration que font les parties d'avoir dressé l'acte au jour indiqué, et que, dès lors, elle ne saurait avoir d'autre force probante que celle qui s'attache à toute déclaration émanée d'elles. Pour ce dernier acte, la fausseté de la date peut, même entre les parties, les héritiers ou ayants cause, être établie à l'aide de simples présomptions. L'art. **1322**, il est vrai, porte qu'en ce qui regarde ces trois catégories de personnes, l'acte sous seing privé *a la même foi que l'acte authentique*. Mais il ne s'ensuit point que la date de l'acte sous seing privé ne puisse, comme celle de l'acte authentique, être contestée que par la voie de l'inscription de faux. En effet les parties, leurs héritiers ou ayants cause n'ont intérêt à contester la date de l'acte sous seing privé que s'ils prétendent que la fausseté de cette date a servi à dissimuler une fraude ; or, aux termes de l'art. **1353**, la fraude peut être prouvée par témoins et même au moyen de présomptions non établies par la loi [2].

2344. Voilà pour le dispositif. Quant à la foi due aux déclarations *purement énonciatives*, on sait que l'art. **1320** assimile l'acte sous seing privé à l'acte authentique ; nous

(1) V. *supra*, n. 2076-2079.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 248 *in fine*, et p. 249, texte et note 100 ; Demolombe, XXIX, n. 508 ; Laurent, XIX, n. 272, dernier al., p. 293-294, et n. 295.

renvoyons aux développements que nous avons déjà donnés à ce sujet [1].

2345. Telle est l'intensité de la force probante que la loi reconnaît aux actes sous seing privé et aux mentions qu'ils contiennent; il nous reste à voir quelle est l'étendue de cette force probante, c'est-à-dire quelles sont les personnes à l'égard desquelles elle existe. Sur ce point encore, nous allons constater une différence avec l'acte authentique, et toujours au détriment de la foi due à l'acte sous seing privé.

Comme l'acte authentique, l'acte sous seing privé reconnu ou légalement tenu pour reconnu fait preuve de lui-même et de tout ce qu'il contient, quoique dans une mesure différente, soit entre les parties et leurs ayants cause à titre particulier, soit même à l'égard des tiers. En principe, la présomption de vérité qui s'attache aux actes instrumentaires, ne saurait être relative.

Il est vrai que les termes de l'art. 1322 semblent limiter cet effet aux souscripteurs, à leurs héritiers et ayants cause; mais nous avons déjà établi, en expliquant l'art. 1319 [2], que le Code ne s'occupe pas de la force probante des actes à l'égard des tiers. Il n'y a donc à tirer aucune induction du silence de l'art. 1322. Pothier, d'ailleurs, dont le législateur a presque servilement consacré la doctrine, enseigne formellement que les actes sous seing privé, de même que les actes authentiques, prouvent contre les tiers *rem ipsam*, c'est-à-dire « que la chose contenue dans l'acte s'est effectivement passée » [3]. Mais, évidemment, il n'en résulte pas que les tiers seront obligés de subir les conséquences juridiques des faits qui y sont relatés et auxquels ils sont restés étrangers. Il ne faut pas confondre la force probante de l'écrit avec l'effet de la convention qu'il constate; sous ce dernier aspect, les tiers se trouvent placés sous l'empire de ce principe de raison, reproduit par l'art. 1165 : *Res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest* [4].

(1) V. *supra*, n. 2083-2085.
(2) V. *supra*, n. 2082.
(3) *Oblig.*, n. 750 (édit. Dupin, I, p. 443).
(4) V. notre tome I, n. 580 s.

2346. Le principe que l'acte sous seing privé reconnu ou vérifié fait preuve de son contenu à l'égard de tout le monde, comme l'acte authentique, reçoit une exception importante en ce qui concerne la *date*. A l'égard d'une certaine classe de personnes, que la loi appelle *tiers*, la date apparente n'est pas présumée sincère, en ce sens que ce n'est pas à celui à qui on oppose l'acte de prouver que la date est fausse, c'est à celui qui se prévaut de l'acte de prouver la sincérité de la date; et il ne le peut qu'en démontrant sa certitude suivant l'un des modes indiqués par l'art. 1328. C'est ce qu'on est convenu d'appeler la *formalité* ou la *condition* de la *date certaine*. L'art. 1328 est ainsi conçu : « *Les actes sous seing* » *privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont* » *été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de* » *ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est* » *constatée dans des actes dressés par des officiers publics,* » *tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire* » (1).

C'est seulement dans la première moitié du dix-septième siècle que la théorie de la date certaine des actes sous seing privé fit son apparition. Elle fut consacrée pour la première fois par un arrêt du Parlement de Rouen, du 2 mars 1629. Un siècle plus tard, le Parlement de Paris l'adopta par un arrêt du 19 août 1729. Mais notre ancien droit ne lui reconnut jamais autant d'importance que la doctrine et la jurisprudence modernes. Pour s'en rendre compte il suffit de constater combien Pothier est bref à son sujet (2).

Nous devons, sur cette matière, traiter : 1° des personnes à l'égard desquelles la loi exige la certitude de la date pour que celle-ci leur soit opposable; 2° des circonstances par lesquelles un acte sous seing privé acquiert date certaine; 3° des cas où les tiers ne peuvent pas opposer le défaut de date cer-

(1) V. sur cet article Marinier, *Rev. prat.*, 1856 et 1857, I, p. 490, II, p. 73 et 262; 1859, VIII, p. 281, 453 et 523; 1860, X, p. 139; 1861, XII, p. 24, 189 et 282.

(2) V. Pothier, *Traité des oblig.*, n. 750 (édit. Dupin, I, p. 443). — *Adde Traité de la communauté*, n. 260 (même édit., VI, p. 179). — On trouve d'ailleurs le même laconisme dans les autres auteurs de l'époque. — V. Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. II, ch. I, sect. V, n. 19-20; Duparc-Poullain, *Principes de droit*, V, n. 43. — Cpr. Ferrière, sur la Cout. de Paris, art. 104, § 1, n. 25; Davot et Bannelier, *Traité sur diverses matières de droit français*, IV, n. 39, 64 et 67.

taine; 4° des cas où la certitude de la date ne détermine pas la préférence.

a. Des personnes à l'égard desquelles la loi exige la certitude de la date.

2347. L'art. 1328 désigne sous le nom de *tiers* les personnes contre lesquelles l'acte sous seing privé ne fait preuve de sa date qu'autant qu'elle est certaine. Mais ce mot est bien loin d'avoir une signification précise et uniforme; il affecte des sens presque aussi divers que les théories à propos desquelles on le trouve employé; c'est une de ces expressions juridiques qu'il faut entendre d'après le but que le législateur, en décrétant les règles de la matière, s'est proposé d'atteindre (1). Le plus sûr est donc, pour résoudre la question, de se demander quels sont les motifs qui ont inspiré la disposition de l'art. 1328. Pothier, à qui elle est empruntée, nous l'indique dans ce passage : « Les actes sous signature privée ont cela de moins que les actes authentiques, que ceux-ci, ayant une date constante par le témoignage de l'officier public qui a reçu l'acte, font foi contre les tiers que la chose contenue dans l'acte s'est passée dans le temps porté par l'acte; au lieu que des actes sous signature privée, *étant sujets à être antidatés,* ne font ordinairement foi contre les *tiers,* que la chose qu'ils renferment s'est passée, sinon du jour qu'ils sont rapportés et produits aux *tiers* » (2). L'antidate, aussi facile à commettre dans les actes sous seing privé que difficile à établir, et les fraudes qu'elle sert à déguiser, voilà le danger que la loi actuelle a voulu prévenir comme celle d'autrefois. Le problème ainsi posé revient à se demander quelles sont les personnes auxquelles un acte sous seing privé est opposable et qui par suite sont exposées à souffrir d'une antidate.

2348. Cette seule position de la question élimine tout d'abord une classe de personnes, celles qu'on appelle, sui-

(1) V. notamment notre tome I, n. 392, 581; notre tome II, n. 1452, 1521-5° notre tome III, n. 1746, 1755, 1980, 2015, et *infra*, n. 2406-2407. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donations entre vifs et des testam.*, I, n. 1399 s.; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, n. 788, 898; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nant., des priv. et hyp...*, II, n. 1440.

(2) *Oblig.*, n. 750 (édit. Dupin, I, p. 443).

vant l'expression de Dumoulin, les tiers *penitus extranei*. Ce sont les tiers dans le sens de l'art. 1165. On peut les définir : tous ceux qui n'ont jamais eu de relations juridiques avec les parties. Puisque l'acte sous seing privé ne leur est opposable en aucune hypothèse, puisqu'il ne peut produire d'effet ni pour ni contre eux, que leur importe qu'il ait ou non daté certaine? On ne saurait supposer que le législateur ait imaginé la théorie de la date certaine pour sauvegarder des droits qui n'étaient nullement menacés [1].

2349. Il est une autre catégorie de personnes auxquelles, pour une raison inverse, l'art. 1328 est complètement étranger : ce sont les *parties contractantes*. Il parle de *tiers*, et cette expression est opposée précisément à celle de *parties contractantes*. *Tiers* vient en effet de *tertius*, troisième, et sert à désigner toute personne autre que les deux qui figurent nécessairement dans la convention. Par conséquent les parties contractantes restent sous l'empire de la règle générale formulée par l'art. 1322, et l'acte sous seing privé fait foi à leur égard, au moins jusqu'à preuve contraire, de la sincérité de sa disposition et de celle de sa date. Car, pour elles, la date est le plus souvent de peu d'importance : du moment que la convention ou le fait juridique est constant, elles sont obligées d'en subir les effets, quelle que soit l'époque où il a eu lieu. Donc, en règle générale, elles sont sans intérêt pour contester la vérité de la date [2].

2350. Nous disons *en règle générale;* car cet intérêt existe quelquefois, notamment dans le cas où un individu a subi un changement d'état par suite d'une interdiction ou de la nomination d'un conseil judiciaire. Celui qui contracte avec cet individu a intérêt à antidater l'acte constatant la convention, afin de la faire apparaître comme antérieure au changement d'état. Cette considération a touché quelques auteurs. Pour exiger ici la date certaine, ils se sont appuyés notamment sur l'art. 502 : « L'interdiction ou la nomination d'un conseil judiciaire aura son effet du jour du jugement. Tous actes

[1] Bonnier, *op. cit.*, n. 699; Demolombe, XXIX, n. 526-1°; Vigié, II, n. 1699, al. 3; Planiol, II, 1re édit., n. 79, 2e et 3e édit., n. 75. — V. notre tome I, n. 580-584.

[2] Trib. civ. Le Havre, 25 juin 1904, *Droit*, 20 oct. 1904.

passés postérieurement par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront nuls de droit ». Si cette disposition n'est pas combinée avec celle de l'art. 1328, a-t-on dit, elle ne peut manquer de devenir illusoire, car, pour la tourner, la personne interdite ou pourvue d'un conseil judiciaire n'aura qu'à antidater les actes sous seing privé constatant les conventions par elle passées. Ce raisonnement est inexact. L'art. 502 s'occupe uniquement d'une question de nullité intrinsèque. Il est étranger à la réglementation de la preuve. Nous reconnaissons que, dans le cas prévu, le danger de l'antidate existe. Mais le législateur n'en a pas tenu compte, soit parce que le cas est de nature à se présenter rarement dans la pratique, soit parce que les parties contractantes se seraient ainsi trouvées conduites à faire toujours enregistrer les actes sous seing privé pour assurer la date de l'acte en vue du cas où l'une d'elles deviendrait plus tard incapable par suite d'un changement d'état. D'ailleurs, si une antidate a été réellement commise, il reste toujours à l'incapable ou à son représentant la ressource extrême de prouver la fausseté de la date et d'établir que l'acte a été consenti en temps d'incapacité, preuve qu'il peut administrer même à l'aide de simples présomptions (1).

La question est la même pour les actes sous seing privé souscrits par une femme actuellement mariée et qui portent une date antérieure à son mariage. Malgré son défaut de certitude légale, cette date fait foi contre elle, sauf, en ce qui regarde le mari ou la communauté, l'application de l'art. 1410 (2).

(1) *Sic* Bonnier, *op. cit.*, n. 695, p. 581 *in fine;* Marinier, *op. cit.*, ch. I, n. 5-8, I, p. 495-500; Bédarride, *Du dol et de la fraude,* III, p. 32-33; Aubry et Rau, I, 4e édit., p. 522, 5e édit., p. 807, 4e édit., VIII, p. 250, note 106; Larombière, VI, p. 6-8 (art. 1322, n. 7); Demolombe, XXIX, n. 512-513; Laurent, V, n. 320-322, et XIX, n. 296. — Req., 8 mars 1836, S., 36. 1. 236. — *Contra* Delvincourt, III, p. 425; Duranton, III, n. 772; Zachariæ, § 127, note 3. — Paris, 10 mai 1810, S. chr., V. 1. 216, D., *Répert. alph.*, v° *Interdiction,* n. 220-1°. — Req., 8 juill. 1816, S., 17. 1. 150, D., *op.* et v° *cit.*, n. 220-2°. — Nancy, 5 juin 1828, S. chr., XI. 2. 92. — Rouen, 22 juill. 1828, S. chr., IX. 2. 126. — Civ. cass., 4 fév. 1835, S., 35. 1. 83, D., *op.* et v° *cit.*, n. 221-4°. — Paris, 26 juin 1838, S., 38. 2. 417, D., *op.* et v° *cit.*, n. 220-5°, 303-1°.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., V, p. 319; Demolombe, XXIX, n. 514; Laurent,

Pour les mêmes motifs, lorsqu'un traité est intervenu entre le tuteur et le mineur devenu majeur, le récépissé qui constate, conformément à l'art. 472, que ce traité a été précédé, de dix jours au moins, « d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives », fait foi de sa date contre l'ex-pupille, bien qu'elle ne soit pas légalement certaine (1).

Faisons une autre application de la même idée. Moyennant un capital de 50.000 francs, *Primus* s'est engagé à servir à *Secundus* une rente viagère de 3.000 francs sur la tête de *Tertius*. Ce contrat est constaté par un acte sous seing privé daté du 1er mars 1907, mais qui n'a pas acquis date certaine. Or, *Tertius* étant décédé le 30 du même mois, *Secundus* crédi-rentier, réclame le remboursement des 50.000 francs, en prétendant que l'acte de constitution de la rente a été antidaté et que la mort de *Tertius* a eu lieu dans les vingt jours du contrat, cas prévu par l'art. 1975. Pour triompher, il doit prouver que la date est fausse; en effet, quoique non certaine, elle fait foi contre lui (2).

2351. Il est sans difficulté aujourd'hui que les actes sous seing privé souscrits par un mandataire conventionnel en cette qualité font foi de leur date contre le mandant, lors même qu'elle n'est devenue certaine que depuis la révocation du mandat. Le danger que présente cette solution ne suffit pas pour la faire écarter, car ce n'est pas celui que le législateur a voulu prévenir en écrivant l'art. 1328. Comment, d'ailleurs, pourrait-on considérer comme un tiers par rapport à un acte une personne qui a été représentée à cet acte (3) ?

XXI, n. 413; Huc, IX, n. 136; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contr. de mariage*, I, n. 524. — Dans notre ancien droit, la question était controversée. Lebrun était d'avis que les actes sous seing privé dont nous parlons ne devaient pas avoir d'effet. *Tr. de la commun.*, liv. II, ch. I, sect. V, n. 19-20. Mais Duparc-Poulain se prononçait en sens contraire. *Principes de droit*, V, n. 43. De même Pothier, *Tr. de la commun.*, n. 259.

(1) Marinier, *op. cit.*, ch. I, n. 5; Mourlon, I, n. 1218; Aubry et Rau, I, 4e édit., p. 493, 5e édit., p. 761; Laurent, V, n. 151, al. 3.

(2) Colmet de Santerre, VIII, n. 189 *bis*-VIII; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 586, al. 3; Demolombe, XXIX, n. 511; Laurent, XIX, n. 297; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contrats aléatoires...*, n. 224; Huc, XI, n. 349.

(3) Troplong, *Du mandat*, n. 763; Marinier, *op. cit.*, II, p. 73 à 83; Zachariæ, § 752, note 38; Rolland de Villargues, *Répert. du notar.*, vo *Acte sous seing privé*,

Ce que nous venons de dire s'applique aussi aux actes de même nature souscrits par un mandataire légal (1), notamment par le tuteur ou par le mari en qualité d'administrateur des biens de sa femme. Ces actes font foi de leur date, savoir les premiers à l'égard du pupille (2) et les seconds à l'égard de la femme (3), bien qu'ils n'aient pas acquis date certaine avant la fin de la tutelle ou avant la dissolution du mariage.

C'est également dans ce sens qu'il faut se prononcer lorsqu'il s'agit d'un mandataire judiciaire, par exemple du curateur donné, en vertu de l'art. 112, à un présumé absent (4).

Enfin, on doit décider de même, sans aucune hésitation, relativement aux actes sous seing privé souscrits par la personne que le mandataire s'est substituée dans sa gestion, et peu importe, dans cette hypothèse, que le mandat soit conventionnel, légal ou judiciaire (5).

2352. Après cette double élimination, on ne trouve plus

n. 63; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 655, note 17, et VIII, p. 259; Larombière, VI, p. 146 (art. 1328, n. 38); Demolombe, XXIX, n. 516; Laurent, XIX, n. 301, XXVIII, n. 52; Arntz, III, n. 336; Huc, VIII, n. 251 *in fine*, p. 314; Guillouard, *Du mandat*, n. 185; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contrats aléat., du mandat....* n. 773. — Bordeaux, 22 janv. 1827, S., VIII. 1. 316, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3939. — Paris, 7 janv. 1834, S., 34. 2. 239, D., *op. cit.*, v° *Mandat*, n. 400-2°. — Req., 19 nov. 1834, S., 35. 1. 666, D., *op.* et v° *cit.*, n. 400-3°. — Bourges, 17 mai 1842, S., 43. 2. 100, D. P., 43. 4. 294. — Dijon, 6 juill. 1883, S., 84. 2. 44, D. P., 85. 2. 84. — Req., 7 mars 1893, S., 93. 1. 291, D. P., 93. 1. 255.

(1) Demolombe, XXIX, n. 517; Laurent, XIX, n. 301, p. 330; Larombière, Huc, Arntz, *loc. cit.*

(2) Larombière, Demolombe, Laurent, Arntz, Huc, *loc. cit.* — Civ. cass., 8 juin 1859, S., 59. 1. 567, D. P., 59. 1. 250. — Cpr. Caen, 29 déc. 1855, P., 57, p. 962.

(3) Marinier, Aubry et Rau, Larombière, Arntz, *loc. cit.*; Bonnier, *op. cit.*, n. 697, p. 583; Demolombe, XXIX, n. 518; Rodière, *Observations* sur l'arrêt de Lyon du 3 juillet 1873, S., 74. 2. 225; Laurent, XXII, n. 113-116; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contr. de mar.*, I, n. 783. — Lyon, 25 janv. 1831, S., 32. 2. 589, D. P., 32. 2. 16. — Req., 28 nov. 1833, S., 33. 1. 830, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3941. — L'idée de mandat se retrouve également dans le caractère des pouvoirs du mari comme chef de la communauté. Aussi la date des obligations souscrites par lui pour les affaires de la communauté est-elle certaine à l'égard de la femme jusqu'à preuve contraire. — Bordeaux, 24 janv. 1827, S. chr., VIII. 2. 319, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3939. — Req., 13 mars 1854, S., 54. 1. 529, D. P., 54. 1. 100. — Nancy, 25 juill. 1868, S., 69. 2. 86. — Bordeaux, 16 janv. 1878, S., 78. 2. 252, D. P., 79. 2. 182.

(4) Demolombe, XXIX, n. 519.

(5) Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXIX, n. 520.

qu'une classe de personnes auxquelles l'art. 1328 puisse être applicable : ce sont les *ayants cause* des parties contractantes. Mais cette classe est fort nombreuse et comporte ici une grande distinction.

L'expression *ayant cause,* qui vient de Dumoulin, est un mot générique employé pour désigner toute personne qui tire tout ou partie de ses droits d'une autre personne qu'on appelle son *auteur,* et qui, au point de vue de ses droits, est au lieu et place de son auteur, a la même condition que lui, *ille qui causam auctoris habet* (1). Il y a donc dans la notion d'ayant cause deux idées essentielles : succession d'une personne aux droits d'une autre et, comme conséquence, identité, similitude de position quant aux droits transmis. Or, on peut succéder à un autre, soit quant à un ensemble de droits, soit relativement à tel ou tel droit particulier, réel ou personnel. Dans le premier cas, on est ayant cause *à titre universel,* dans le second, ayant cause *à titre particulier* ou *singulier.* Par conséquent, les ayants cause à titre universel ont, comme dit Dumoulin, *omnem causam et jus auctoris;* tous les droits acquis par leur auteur, à l'exception de ceux qui sont inhérents à sa personne, comme l'usufruit, leur profitent, et toutes ses obligations doivent être accomplies par eux, n'importe la date de leur formation ; en un mot, ils succèdent à tous les droits et à toutes les obligations de leur auteur. Ce sont les héritiers légitimes, les successeurs irréguliers, les légataires et donataires universel ou à titre universel, les créanciers chirographaires.

Les ayants cause à titre singulier, au contraire, tiennent leur droit de leur auteur relativement à un objet particulier. Ils ne succèdent qu'aux droits et aux obligations qui affectent la chose déterminée par eux acquise. Tels sont les acheteurs, les cessionnaires de créance, les légataires à titre particu-

(1) En effet, *causa,* dans l'expression ayant cause, *habens causam,* signifie position, condition. « *Sic enim cum suâ causâ,* dit Dumoulin, *res transferri dicitur, id est cum suo onere, vel jure quaque conditione est* ». Et ce sens est, du reste, conforme à la tradition romaine. L. 67, D., *De contrah. empt.,* XVIII, I ; — L. 31, pr., D., *De reb. cred.,* XII, I ; — L. 12, § 2, D., *Fam. ercisc.,* X, 2 ; — Gaius, c. III, § 131.

lier, les fermiers, les créanciers hypothécaires ou privilégiés, etc.

2353. De ces deux catégories d'ayants cause, il y en a évidemment une que l'art. 1328 ne concerne pas : c'est celle des ayants cause à titre universel. Puisqu'ils sont ayants cause *in universum jus*, puisqu'ils ne font en quelque sorte avec leur auteur qu'une seule et même personne, tous les actes que celui-ci a consentis à une époque quelconque les lient, et ils ne peuvent séparer leur cause de la sienne à aucun moment de sa vie. Par conséquent la date de l'acte sous seing privé leur sera, de même qu'à lui, partie contractante, le plus souvent indifférente. Tenus de remplir tous les engagements de leur auteur, ils n'ont en principe aucun intérêt à connaître au juste l'époque où ces engagements ont pris naissance.

Nous disons *en principe*, car, dans les quelques circonstances où, comme nous l'avons expliqué, les parties contractantes ont intérêt à contester la sincérité de la date, il en est de même de leurs ayants cause à titre universel. Rappelons d'abord le cas où l'une des parties aurait éprouvé un changement d'état; ses ayants cause à titre universel ne sont pas tenus, on le comprend, de respecter les engagements pris par leur auteur en temps d'incapacité et qui ne le liaient pas lui-même. L'art. 1975, qui annule la rente viagère « créée sur la » tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décé- » dée dans les vingt jours de la date du contrat », offre, ainsi qu'on l'a vu, un autre exemple du même intérêt; dans cette hypothèse encore, on peut facilement abuser de l'esprit malade du crédi-rentier pour lui faire antidater l'acte constitutif de la rente. Toutefois, le législateur, mû par la même raison que celle que nous avons signalée à propos des parties contractantes, n'a pas cru devoir prescrire en faveur des ayants cause à titre universel la mesure protectrice de la date certaine. Pour remédier à une fraude exceptionnelle, il eût compromis la sécurité des conventions constatées par des actes sous seing privé, ou mis tous les contractants dans la nécessité de faire les frais d'un enregistrement. Les ayants cause à titre universel restent donc placés sous l'empire de la disposition générale de l'art. 1322. D'ailleurs ils ont tou-

jours la ressource de prouver l'antidate, et ils peuvent en administrer la preuve de toute manière. Art. **1348** (1).

Cependant, à la différence des autres ayants cause à titre universel, les créanciers chirographaires, du moins d'après plusieurs auteurs dont nous partageons l'opinion, peuvent, dans certains cas, se prévaloir de la disposition de l'art. **1328**. Nous insisterons bientôt sur ce point (2).

2354. On voit par ces exemples que les actes sous seing privé font foi de leur date à l'égard des héritiers ou successeurs universels des parties même lorsqu'ils constatent des conventions ou déclarations qu'on ne pourrait pas opposer à ces personnes si elles avaient été faites postérieurement à la date portée dans ces actes (3).

Quand nous disons que les héritiers de l'une des parties ne peuvent pas se prévaloir de la disposition de l'art. **1328**, nous supposons, bien entendu, qu'ils agissent ou qu'ils sont recherchés en qualité d'héritiers. La situation est toute différente lorsqu'ils agissent en vertu d'un droit qu'ils ne tiennent pas de leur auteur, mais qui leur appartient de leur propre chef. Ils sont alors des tiers et peuvent, par suite, opposer le défaut de date certaine. Tel est le cas de l'héritier bénéficiaire agissant, non pas en qualité d'héritier, mais à titre de créancier ou successeur à titre particulier du défunt (4). Tel est aussi le cas de l'héritier qui, agissant en vertu d'un droit de réserve, attaque l'acte sous seing privé souscrit par son auteur,

(1) Pour le cas de changement d'état, voir les auteurs et les arrêts cités *supra*, p. 79, notes 1 et 2, et p. 80, note 1. — *Adde* dans notre sens Bourges, 4 janvier 1831, S., 31. 2. 288, D., *Répert. alph.*, v° *Interdiction*, n. 219. — Colmar, 30 juillet 1831, S., 32. 2. 269. — Nancy, 21 mai 1842, D. P., 42. 2. 185. — Cpr. Req., 22 mars 1825, S. chr., VIII. 1. 85, al. 3, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*. n. 3862. — Pour le cas de constitution de rente, voir *supra*, p. 703, note 3. — *Adde* dans notre sens Pont, *Petits contrats*, I, n. 724; Laurent, XXVII, n. 288.

(2) V. *infra*, n. 2358-2361.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 250, texte et note 105.

(4) *Sic* Marinier, *op. cit.*, ch. I, n. 43; Aubry et Rau, 4e édit., VI, p. 447, VIII, p. 251 *in fine;* Larombière, VI, p. 140 (art. 1328, n. 32); Demolombe, XXIX, n. 523; Bilhard, *Bénéf. d'invent.*, n. 98; Hureaux, *Droit de success.*, II, n. 308; Le Sellyer, II, n. 910; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, II, 1re édit., n. 1806, 2e et 3e édit., n. 1291. — Civ. rej., 22 juin 1818, S. chr., V. 1. 492, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3932, et v° *Priv. et hyp.*, n. 26, 82. — *Contra* Laurent, X, n. 97, XIX, n. 299. — Bruxelles, 10 juill. 1850, *Pasicr.*, 51. 2. 10.

en prétendant que cet acte contient des avantages excédant la quotité disponible. C'est, en effet, de la loi qu'il tient le droit en vertu duquel il demande la réduction. Il rentre, en conséquence, dans la classe des tiers et peut invoquer la disposition de l'art. 1328 (1).

2355. Nous avons établi qu'en principe l'art. 1328 est étranger aux ayants cause à titre universel. Il est facile de démontrer qu'il concerne, au contraire, les ayants cause à titre particulier.

D'abord ces derniers sont à certains égards de *véritables tiers*. A la différence des ayants cause à titre universel, qui sont ayants cause d'une manière générale, c'est-à-dire pour toute la vie de leur auteur, pour tous les faits juridiques qu'il peut avoir accomplis, les ayants cause à titre particulier ne le sont, eux, que d'une manière relative, à l'égard de certains faits seulement, *in quantum causam habent*, suivant le langage de Dumoulin. Comme on ne transmet que les droits qu'on a et tels qu'on les a, ils seront obligés de subir les conséquences de tous les faits juridiques, émanés de leur auteur avant le contrat qu'ils ont passé avec lui et qui viennent détruire ou seulement restreindre le droit à eux transmis. Mais, quant aux faits qui n'ont été accomplis que postérieurement, comme il n'est pas au pouvoir de l'auteur de porter atteinte à des droits dont il s'est précédemment dépouillé, ces faits ne leur seront point opposables. Ainsi, ayants cause de leur auteur pour tous les actes antérieurs à la naissance de leur droit, ils deviennent à son égard des *tiers* pour tous les actes postérieurs. Obligés de subir l'effet des premiers par application de la règle *Non debeo melioris conditionis esse quam auctor meus a quo jus in me transit* (2), ils sont fondés à repousser l'effet des seconds en invoquant la maxime *Res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest.*

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VI, p. 447, VIII, p. 251; Larombière, VI, p. 139 *in fine* (art. 1328, n. 31); Demolombe, XIX, n. 208, et XXIX, n. 524. — Civ. cass., 31 janv. 1837, S., 37. 1. 533. — V. aussi Paris, 11 mai 1816 (motifs), S. chr., V. 2. 140, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3931, et v° *Contrat de mariage*, n. 271. — Req., 6 fév. 1838, S., 38. 1. 108, D., *op. cit.*, v° *Dispositions entre vifs*, n. 739.

(2) L. 175, § 1, D., *De reg. jur.*, L, 17.

Primus, par exemple, vend à *Secundus* un domaine, sur lequel il avait déjà constitué un droit d'usufruit au profit de *Tertius*. Il est évident que *Secundus* sera obligé de supporter cet usufruit, quoiqu'il restreigne singulièrement son droit de propriété. C'est que, pour le passé, il est ayant cause de son vendeur, et qu'il n'a pu à ce titre acquérir la chose que dans l'état où elle se trouvait entre les mains de son auteur, amoindrie dès lors par tous les droits que celui-ci a pu concéder et qui affectent la chose transmise. Mais si, retournant l'hypothèse, nous supposons que la constitution d'usufruit a suivi la vente, *Secundus* ne sera pas tenu de supporter l'usufruit, par la raison toute simple que *Primus* était impuissant à transmettre un droit qu'il n'avait plus, et qu'on ne peut opposer à *Secundus* une convention où il n'a pas figuré. Au point de vue du droit dont il est définitivement et exclusivement investi, *Secundus*, acheteur, est pour l'avenir, à l'égard de son vendeur, un véritable tiers [1].

D'autre part, les ayants cause à titre particulier sont les personnes les plus exposées à souffrir de l'antidate des actes sous seing privé, et qui ont l'intérêt le plus pressant à s'assurer de la sincérité de leur date. Le maintien du droit qu'ils ont acquis en dépend absolument, et le souci de leurs intérêts si gravement menacés devait attirer la sollicitude d'un législateur vigilant. S'il ne s'en était pas préoccupé, et si, par suite, l'acte sous seing privé reconnu ou vérifié avait fait preuve contre eux tant de sa date que de la convention ou du fait qu'il constate, il eût ouvert la porte à toutes les fraudes, et laissé sans défense des droits légitimement acquis. Qui eût empêché le vendeur, par exemple, de revendre ensuite la chose même qu'il avait déjà vendue, et, pour rendre efficace cette seconde vente, d'apposer sur l'écrit qui la renferme une fausse date qui la fît remonter à une époque antérieure à la précédente aliénation? Le premier acheteur aura sans doute la faculté de démasquer cette manœuvre; mais la preuve de l'antidate est difficile, et, de cette lutte avec le bon droit, la fraude sortirait trop souvent victorieuse.

[1] V. toutefois *infra*, n. 2381, ce que nous disons de la transcription.

Cette doctrine se trouve enfin confirmée par le témoignage du législateur lui-même. Le Code civil présente quelques applications du principe déposé dans l'art. 1328; l'une des plus remarquables est celle qu'a formulée l'art. 1743. D'après cette disposition, l'acquéreur d'un immeuble ne peut pas expulser le fermier ou le locataire, dont le bail est constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé ayant une date certaine antérieure à la vente. Il en résulte que l'acte sous seing privé qui n'a pas date certaine n'est pas opposable à l'acquéreur. La loi considère donc cet acquéreur comme un tiers, et pourtant c'est un ayant cause à titre particulier du vendeur. Mais il ne l'est d'une manière effective que pour les actes consentis par son auteur antérieurement à la vente. — Tel est également le témoignage de l'ancienne pratique. Pothier, après avoir posé le principe que l'acte sous seing privé ne fait pas foi de sa date, cite aussi comme exemple l'hypothèse d'un ayant cause à titre particulier (1).

En résumé, il faut considérer comme des tiers dans le sens de l'art. 1328 — nous verrons, d'ailleurs, qu'il y en a d'autres (2) — les ayants cause à titre particulier, à qui on oppose un acte sous seing privé émané de leur auteur, acte auquel ils n'ont pas figuré et qui tend à détruire ou à altérer les droits qu'ils tiennent de lui. A l'égard de cette catégorie de personnes, l'acte sous seing privé ne fait foi de sa date qu'autant que sa sincérité est assurée par l'une des trois circonstances que la loi énumère restrictivement et dont la principale est l'enregistrement (3).

(1) *Oblig.*, n. 750, al. 2 (édit. Dupin, I, p. 443).

(2) V. *infra*, n. 2359-2361, ce que nous disons des créanciers chirographaires.

(3) Merlin, *Quest.*, v° *Tiers*, § 2; Grenier, II, n. 354; Duranton, XIII, n. 129 s.; du Caurroy, *Dissertation*, *Thémis*, III, p. 49 s., V, p. 6 s.; Troplong, *Des hypothèques*, II, n. 529; Bonnier, *op. cit.*, n. 700; Marcadé, V, sur l'art. 1328, III; de Fréminville, *De la minorité*, I, n. 519 *bis*; Marinier, *Rev. prat.*, 1859, VIII, p. 413 s.; Zachariæ, § 752, texte et note 42 et 44; Colmet de Santerre, V, n. 291 *bis*-I et 291 *bis*-II; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 252, texte et note 110; Larombière, VI, p. 110-115 (art. 1328, n. 2-8); Demolombe, XXIX, n. 526 à 528; Arntz, III, n. 335-336; Thiry, III, n. 136; Vigié, II, n. 1699; Huc, VIII, n. 248; Planiol, II, 1re édit., n. 79, 2e et 3e édit., n. 75. — Civ. rej., 31 janv. 1843, S., 43. 1. 616, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3959 et 1853. — Civ. cass., 28 juill. 1858, S., 58.

2356. Appliquons ce principe :

Supposons qu'un immeuble a été successivement vendu à deux personnes différentes. La première vente a été constatée par un acte sous seing privé qui n'a pas acquis date certaine. La seconde par un acte authentique ou par un acte sous seing privé dont la date est légalement certaine. Ni l'un ni l'autre des acquéreurs n'a fait transcrire son titre. Bien que la date apparente de la première vente soit antérieure à l'époque où la seconde a été consentie, c'est le second acquéreur qui doit être préféré (1).

La même solution serait applicable si l'acquéreur auquel on prétend opposer l'acte sous seing privé sans date certaine était un donataire, sauf à la personne qui excipe de cet acte à attaquer la donation par l'action paulienne (2).

Et peu importe, dans les deux hypothèses, la nature du droit qui a été concédé au porteur de l'acte sous seing privé. Il est donc indifférent qu'il s'agisse de la constitution d'une servitude passive sur le fonds vendu ou donné, de la renonciation à une servitude active existant au profit de ce fonds, d'une convention de bornage, de la renonciation à une prescription acquise, etc. (3).

Les engagements contractés par une femme mariée ou les droits concédés par elle sur ses biens ne sont, en général, opposables au mari en sa qualité, soit de chef de la communauté, soit d'usufruitier, en nom personnel, des biens de sa femme, que si leur date est devenue légalement certaine

1. 792; 1er déc. 1863, S., 64. 1. 126; 9 janv. 1901, S., 1905. 1. 509, D. P., 1901. 1. 449. — Cpr. Laurent, XIX, n. 303-308. — V. cep. Toullier, VIII, n. 245 s., et X, *Additions*, p. 576 s.

(1) Duranton, XIII, n. 132; Duvergier, *Vente*, I, n. 33-36; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 253; Larombière, VI, p. 111 (art. 1328, n. 3); Demolombe, XXIX, n. 530-532; Huc, VIII, n. 249. — Toulouse, 7 juill. 1831, S., 32. 2. 646, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3947. — Bastia, 24 juin 1833, S., 33. 2. 604, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3920 et n. 3885-1°.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 253, texte et note 112; Larombière, VI, p. 117 (art. 1328, n. 9); Demolombe, XXIX, n. 533; Laurent, XIX, n. 310. — Grenoble, 9 mai 1833, S., 33. 2. 506, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3885-1°, 3960-3°. — Bordeaux, 9 nov. 1836, S., 37. 2. 181. — Agen, 14 nov. 1842, S., 43. 2. 164.

(3) Marinier, *op. cit.*, ch. I, n. 575; Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXIX, n. 534.

avant le mariage. Telle est la disposition du 1er al. de l'art. 1410, qui renferme une application de la règle de l'art. 1328 (1).

2357. Il est deux questions spéciales que nous devons nous borner à signaler :

1° Celui qui exerce l'action paulienne doit, comme on l'a vu, prouver que sa créance est antérieure à l'acte dont il veut faire prononcer la révocation. Est-il nécessaire que son titre ait acquis date certaine, conformément à l'art. 1328, avant la passation de cet acte ? Nous avons déjà examiné ce point quand nous avons expliqué la disposition de l'art. 1167 (2);

2° Pour qu'un acte sous seing privé puisse fonder la prescription de 10 à 20 ans, faut-il que sa date soit légalement certaine ? C'est dans le *Traité de la prescription* que l'examen de cette question doit trouver place (3).

2358. Dans certains cas, ainsi que nous l'avons indiqué, la nécessité de la date certaine n'existe pas au regard des créanciers. Nous devons revenir sur cette proposition pour en déterminer la portée.

Quand les créanciers ne font qu'exercer les droits et actions de leur débiteur conformément à l'art. 1166, ils ne sauraient invoquer la disposition de l'art. 1328. Dans cette hypothèse, de l'avis de tous, ils agissent comme ayants cause à titre universel (4), Ainsi les actes sous seing privé souscrits par leur débiteur leur sont opposables, bien que leur date ne soit pas légalement certaine. Il ne faut pas, d'ailleurs, en conclure qne les actes dont il s'agit font foi de leur date contre eux, comme s'ils avaient été enregistrés. Les créanciers, dans notre cas, peuvent établir, même par de simples présomptions, qu'il y a antidate. Supposons, par exemple, qu'ils demandent, au nom de leur débiteur, le partage d'une succession. Il est certain qu'alors ils ne sont pas des tiers; ils ne

(1) V. pour l'explication de la disposition du premier alinéa de l'art. 1410, Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contr. de mar.*, I, n. 514-525.

(2) V. notre tome I, n. 691.

(3) V. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n. 677.

(4) Larombière, VI, p. 144 (art. 1328, n. 35); Demolombe, XXIX, n. 542; Laurent, XIX, n. 326 et 328; Huc, VIII, n. 250. — Cpr. Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 255. — V. aussi Civ. cass., 28 juin 1875, S., 75. 1. 309, D. P., 75. 1. 469.

γ. Que faut-il décider relativement aux créanciers d'un failli? Les actes sous seing privé souscrits par celui-ci et dont la date apparente est antérieure à l'ouverture de la faillite leur sont-ils opposables, alors même qu'ils n'ont pas acquis date certaine avant la faillite! Cette question suppose qu'il s'agit d'actes sous seing privé constatant des opérations civiles, car ceux qui constatent des opérations commerciales sont soustraits par là même à l'application de l'art. 1328 (1). En général, on répond négativement. Nous préférons la solution contraire. Pas plus que les créanciers saisissants les syndics, en tant qu'ils représentent la masse, ne sauraient être considérés comme agissant au nom du débiteur et comme exerçant ses droits. La faillite, ainsi qu'on l'a dit, produit une véritable saisie au profit des créanciers du failli (2). Ces créanciers doivent donc, au point de vue de l'art. 1328, être assimilés aux créanciers saisissants. Puisque les seconds sont des tiers, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même des premiers (3).

Toulouse, 7 déc. 1838, S., 39. 2. 225, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3983. — Req., 5 août 1839, S., 39. 1. 343. — Toulouse, 5 juin 1840, S., 40. 2. 340, D., *op. cit.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 336-3°. — Aix, 8 janv. 1841 et, sur pourvoi, Req., 8 nov. 1842, S., 42. 1. 929, D., *op. cit.*, v° *Office*, n. 280-1°. — Riom, 25 janv. 1845, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3983. — Toulouse, 5 juin 1851, S., 51. 2. 369, D. P., 51. 2. 207. — Lyon, 3 juill. 1873, S., 74. 2. 225. — Civ. cass., 29 oct. 1890, S., 91. 1. 305, D. P., 91. 1. 475.

(1) V. *infra*, n. 2377.

(2) Troplong, *Vente*. II, n. 911.

(3) *Sic* Laurent, XIX. n. 330-331; Brésillion, *Dissertation*, dans D. P., 59. 1. 97, notes 1-2; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, 2e édit., n. 1679, *in fine*. — Cpr. Huc, VIII, n. 251, al. 3, p. 314. — Colmar, 17 juill. 1845 (motifs), D. P., 46. 2. 204. — Civ. rej., 27 janv. 1886, *Ann. de dr. comm.*, 1886-1887, 2, p. 21 (note). — *Contra* Bonnier, *op. cit.*, n. 697; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, § 590, n. 43; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 255; Larombière, VI, p. 144-145 (art. 1328, n. 36); Demolombe, XXIX, n. 543; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, II, n. 2817, et *Tr. de dr. comm.*, VII, n. 477. — Req., 15 juin 1843, S., 43. 1. 467 et 471, D., *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n. 673-7°. — Douai, 1er mars 1851, S., 51. 2. 309, D. P., 51. 2. 189. — Civ. cass., 4 juill. 1854, S., 54. 1. 469, D. P., 54. 1. 223; 15 mars 1859, S., 59. 1. 193, D. P., 59. 1. 105. — Metz, 1er fév. 1860, S., 60. 2. 542. — Civ. cass., 28 juin 1875, S., 75. 1. 309, D. P., 75. 1. 469. — Rennes, 22 juill. 1879, D. P., 80. 2. 31. — Paris, 13 fév. 1892, *Droit*, 18-19 juill. 1892. — Toutefois, d'après MM. Lyon-Caen et Renault, lorsque la masse exerce des droits qui lui sont conférés directement par la loi et qui ne lui viennent en aucune façon du failli, elle doit être considérée, par rapport à celui-ci, comme un tiers et non comme un

δ. Lorsque les créanciers prétendent que des actes ont été faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, ils sont incontestablement des tiers. Comment, en effet, pourrait-on soutenir qu'ils ont été représentés dans ces actes? Ils sont donc admis à les repousser si leur date n'est pas certaine conformément à l'art. 1328 (1).

ε. Lorsque les créanciers, au lieu de demander un partage au nom de leur débiteur, comme nous l'avons supposé plus haut, interviennent simplement dans un partage demandé par leur débiteur ou par un autre des indivisionnaires, ils y figurent en leur nom personnel et afin de veiller à ce que le partage ne soit pas fait en fraude de leurs droits. Ils sont, par suite, des tiers, et les actes qui sont de nature à leur porter préjudice ne leur sont pas opposables, s'ils n'ont pas acquis date certaine (2).

2361. 2° Les créanciers sont des tiers les uns à l'égard des autres lorsqu'il y a conflit entre eux. L'acte sous seing privé d'où résulterait, au profit de l'un des créanciers, un droit de préférence ou de priorité n'est donc opposable aux autres que s'il a obtenu date certaine en temps utile (3). La loi elle-même fait l'application de ce principe au privilège qui naît du contrat de gage. Art. 2074 et 2075 (4).

α. Ainsi, quand les obligations qu'une femme mariée a contractées avec son mari sont constatées par des actes sous seing privé, l'hypothèque légale de cette femme ne prend rang, pour l'indemnité due à raison desdites obligations, que

ayant cause. Tel est le cas lorsque, représentée par le syndic, elle demande, en vertu des art. 446 et suiv., la nullité des actes antérieurs à la faillite; et, par conséquent, dans ce cas, les actes sous seing privé qui constatent des opérations attaquées n'échappent à la nullité que si leur date est devenue certaine, conformément à l'art. 1328, avant la période suspecte, telle qu'elle est fixée par lesdits articles. *Préc. de dr. comm.*, II, n. 2818, et *Tr. de dr. comm.*, VII, n. 478.

(1) Demolombe, XXIX, n. 550. — Req., 25 janv. 1825, S. chr., VIII. 1. 26, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3939 *in fine*, et v° *Contrat de mariage*, n. 2495-2°.

(2) Laurent, XIX, n. 327. — Cpr. Civ. rej., 14 nov. 1853, S., 54. 1. 102, D. P., 53. 1. 325.

(3) V. notamment Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 258; XIX, n. 317; Huc, VIII, n. 250, al. 4.

(4) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, I, n. 45-46.

du jour où la date de ces actes a été rendue certaine par une des circonstances indiquées dans l'art. 1328 (1).

β. Pareillement un créancier ne saurait se prévaloir d'une hypothèque résultant d'un jugement par défaut, si les écrits sous seing privé constatant l'exécution de ce jugement dans les six mois n'ont pas acquis date certaine (2).

γ. Le même principe s'applique lorsque la personne qui a payé, en qualité de caution, un créancier hypothécaire ou privilégié, invoque la subrogation légale en vertu de l'art. 1251-3°. Elle doit échouer dans cette prétention si l'acte de cautionnement n'a pas reçu date certaine (3).

2362. Nous pouvons maintenant, en nous inspirant de nos précédentes explications, donner une définition du mot *tiers* dans le sens de l'art. 1328. Il faut ici entendre par cette expression toutes les personnes qui n'ont pas été parties à un acte sous seing privé qu'on prétend leur opposer, et qui tiennent, soit de l'un des signataires, soit de la loi même, un

(1) *Sic* Persil, *Des priv. et hyp.*, I, sur l'art. 2135, § 2, n. 7; Bellot des Minières, *Contrat de mariage*, I, p. 343; Bonnier, *op. cit.*, n. 697; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 258; Larombière, VI, p. 140-144 (art. 1328, n. 33-34); Pont, *Des priv. et hyp.*, n. 701; Demolombe, XXIX, n. 554 et 555, et *Rev. crit.*, 1851, I, p. 527; Potel, *De l'hyp. lég. de la femme mariée*, p. 250 s.; Laurent, XIX, n. 321; Guillouard, *Priv. et hyp.*, II, n. 847; Huc, VIII, n. 250, al. 5, p. 312; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, II, n. 1484. — Civ. cass., 5 fév. 1851, S., 51. 1. 192, D. P., 52. 1. 14, et, sur renvoi, Rouen, 24 mars 1852, S., 52. 2. 535, D. P., 53. 2. 143. — Agen, 21 mars 1851, S., 52. 2. 224, D. P., 51. 2. 150. — Rennes, 21 août 1851, D. P., 54. 5. 425. — Douai, 29 janv. 1857, S., 57. 2. 401, D. P., 57. 2. 113, et, sur renvoi, Civ. cass., 15 mars 1859 (motifs), S., 59. 1. 193, D. P., 59. 1. 105. — Agen, 10 juin 1859, S., 59. 2. 341, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 489. — Req., 13 août 1870, D. P., 70. 1. 126. — Bordeaux, 1er mars 1887, S., 89. 2. 131, D. P., 88. 2. 96. — *Contra* Troplong, *Priv. et hyp.*, II, n. 593; Colmet de Santerre, IX, n. 105 *bis*-V. — Paris, 31 juill. 1847, S., 47. 2. 483. — Orléans, 24 mai 1848, S., 50. 2. 146, D. P., 48. 2. 185. — Amiens, 26 mars 1860, S., 60. 2. 124, et D. P., joint à Civ. rej., 19 fév. 1862, S., 62. 1. 127. — Jugé aussi que la mention, inscrite sur les livres d'un commerçant, qu'à une époque indiquée, ce commerçant a touché une somme paraphernale revenant à sa femme, n'a pas date certaine et n'est pas, en conséquence, opposable aux créanciers du mari. — Req., 21 nov. 1887, S., 90. 1. 471, D. P., 88. 1. 204.

(2) Laurent, XIX, n. 319; Huc, VIII, n. 250, al. 4, p. 312. — Bruxelles, 13 août 1844, *Pasicr.*, 44. 2. 323, et, sur pourvoi, Cass. belge rej., 8 nov. 1845, *Pasicr.*, 46. 2. 206.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 258; Demolombe, XXIX, n. 553. — Lyon, 13 janv. 1849, S., 49. 2. 108, D. P., 49. 2. 218.

droit réel ou personnel, qui serait anéanti, modifié ou frappé d'inefficacité, si la date de cet acte était certaine à leur égard.

Et par conséquent, au contraire, il faut considérer comme des ayants cause des parties qui ont figuré dans l'acte sous seing privé dont il s'agit, les personnes qui n'invoquent aucun droit à elles propre et qui élèvent simplement une prétention du chef de l'une des parties, c'est-à-dire soit comme lui ayant succédé à titre universel, soit comme exerçant ses droits et actions en vertu de l'art. 1166 (1).

b. Des circonstances par lesquelles un acte sous seing privé obtient date certaine.

2363. Les actes sous seing privé acquièrent date certaine dans trois cas :

1° « *Du jour où ils ont été enregistrés* ». L'enregistrement constitue le moyen normal et pratique de conférer date certaine aux actes sous seing privé. C'est la garantie par excellence contre la fausseté de la date.

Toutefois, croyons-nous, il ne s'agit que de l'enregistrement opéré dans un bureau français. Remplie à l'étranger, cette formalité ne saurait donner date certaine à l'acte, car cet effet découle exclusivement de l'autorité de la loi. La solution contraire serait inconciliable avec le principe de la limitation des souverainetés nationales (2).

2364. 2° « *Du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits* » (3), car, à partir de cet événement, il n'a plus été possible d'antidater l'acte. L'effet dont nous parlons n se produit pas seulement au cas de mort de l'un des contractants, par exemple du débiteur ou de la caution, mais encore au cas de mort d'une personne qui a simplement signé l'acte comme témoin ou comme conseil de l'une des parties. Dans

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 249, texte et note 102; Larombière, VI, p. 116 (art. 1328, n. 8).

(2) *Sic* Laurent, XIX, n. 281. — *Contra* Bruxelles, 12 mars 1849, *Pasicr.*, 50. 1. 230 et 235. — Cpr. C. cass. belge, 15 mars 1850, *Pasicr.*, 50. 1. 237.

(3) Le décès de l'un des signataires donnerait date certaine à l'acte alors même que ce décès n'aurait pas été régulièrement constaté sur les registres de l'état civil et qu'il faudrait, en conséquence, pour l'établir, employer la preuve testimoniale. Larombière, VI, p. 153 (art. 1328, n. 43 *in fine*); Demolombe, XXIX, n. 560.

l'art. **1328**, le mot *souscrire* est pris dans le sens de *signer*. Au surplus cela résulte de l'art. **1410**, qui renferme une application de notre règle. Il dit en effet que, dans le cas par lui prévu, l'acte reçoit date certaine « soit par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou de plusieurs *signataires* dudit acte ». D'ailleurs, que le signataire décédé fût ou non personnellement intéressé dans l'acte, il est impossible que celui-ci ait été écrit postérieurement à sa mort, et, par conséquent, la raison de décider est aussi forte dans les deux hypothèses (1). Il faut logiquement se prononcer ainsi même lorsque la personne qui est morte avait signé l'acte uniquement pour y apposer un visa destiné à lui donner, le cas échéant, date certaine (2).

2364 I. Mais il ne faudrait pas attribuer le même effet au décès de la personne non signataire qui aurait seulement écrit l'acte. D'abord, les termes de l'art. **1328** y font obstacle ; cet article ne parle que de ceux *qui ont souscrit l'acte,* c'est-à-dire qui l'ont signé. De plus, l'argument de texte est corroboré par cette raison que la simple écriture ne présente pas au même degré que la signature la garantie de l'identité de celui qui l'a tracée. La signature elle-même, il est vrai, peut être l'objet d'un désaveu, mais, au point de vue qui nous occupe, la simple écriture lui est inférieure en ce qu'elle est anonyme et que, pour l'attribuer à une personne déterminée, il faut recourir à des procédés de vérification généralement très incertains (3).

2365. 3° « *Du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire* », ce qui, dans la pratique, n'a lieu qu'accidentellement.

(1) *Sic* Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Date*, n. 50; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 259, note 130; Larombière, VI, p. 152 (art. 1328, n. 43); Bonnier, *op. cit.*, n. 704; Demolombe, XXIX, n. 558; Laurent, XIX, n. 284; Huc, VIII, n. 253; Planiol, II, 1re éd., n. 83-2°, 2e et 3e éd., n. 79-2°. — Req., 8 mai 1827 S. chr., VIII. 1. 593, col. 3, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3889, 3785. — Marinier, *op. cit.*, ch. II, n. 3.

(2) Larombière, *loc. cit.*

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Larombière, VI, p. 154 (art. 1328, n. 45); Demolombe, XXIX, n. 559.

Une simple mention de l'acte sous seing privé ne suffit pas; il faut que l'acte authentique en relate la *substance*, c'est-à-dire les clauses et dispositions qui le distinguent de tout autre acte et qui, en l'individualisant, permettent de le reconnaître sans équivoque possible (1).

La condition dont nous parlons ne serait pas remplie si l'on se bornait à indiquer les caractères matériels de l'acte, notamment ses premiers ou ses derniers mots, car, dans ce cas également, la *substance* de l'acte ne serait pas constatée (2).

A plus forte raison ne suffit-il pas de désigner l'acte par sa date; la plupart du temps, en effet, cette simple indication ne permettrait pas de reconnaître de quel acte il est question (3).

2366. Comme actes authentiques pouvant constater la substance d'actes sous seing privé, la loi mentionne spécialement les *procès-verbaux de scellés ou d'inventaire*. Mais ce n'est là qu'un exemple. L'art. 1328 vise d'abord, en termes généraux, les *actes dressés par des officiers publics*. Ajoutez l'argument tiré de ces mots *tels que* (4).

On peut donc citer aussi les actes de notaire, d'huissier (5); les jugements et autres actes de justice, les procès-verbaux de perquisition, de saisie de pièces de conviction dans les poursuites et instructions criminelles (6); les procès-verbaux dressés par les greffiers des justices de paix sur les citations en conciliation (7); les contraintes décernées par les

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 259, note 131; Demolombe, XXIX, n. 561; Laurent, XIX, n. 284 *bis;* Huc, VIII, n. 254; Planiol, II, 1re édit., n. 83-1°, 2e et 3e édit., n. 79-1°. — Civ. rej., 23 nov. 1841, S., 42. 1. 134, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3895, 4549-1°. — Rouen, 24 mars 1852, S., 52. 2. 535, D. P., 53. 2. 143. — Req., 9 mars 1904, S., 1904. 1. 276, D. P., 1904. 1. 207, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 534. — Alger, 24 mars 1904, D. P., 1904. 2. 311.

(2) *Sic* Demolombe, *loc. cit.* — *Contra* Larombière, VI, p. 154 (art. 1328, n. 46, al. 4).

(3) Demolombe, *loc. cit.;* Larombière, VI, p. 155 (art. 1328, n. 46, al. 5).

(4) V. notamment Colmet de Santerre, V, n. 291 *bis*-VII; Larombière, VI, p. 155 (art. 1328, n. 47); Demolombe, XXIX, n. 562; Laurent, XIX, n. 285; Huc, VIII, n. 254.

(5) Req., 22 nov. 1864, S., 65. 1. 380.

(6) Larombière, Demolombe, *loc. cit.*

(7) Laurent, XIX, n. 285, al. 3.

receveurs de l'enregistrement et des domaines [1]; les actes émanant d'une administration publique, notamment les décisions ministérielles portant remise des peines encourues pour défaut d'enregistrement dans les délais [2].

Mais il n'en est pas de même de la requête en défense signifiée d'avoué à avoué, car les énonciations contenues dans un pareil acte ne sont que des allégations [3].

2367. Supposons qu'un acte sous seing privé constate la substance d'un autre acte de même nature. S'il acquiert date certaine par l'un des trois moyens indiqués dans l'art. **1328**, l'acte dont il relate la substance acquiert-il lui-même, par voie de conséquence, date certaine ? Oui, à notre avis. La certitude qui existe désormais pour la date de l'un de ces actes s'étend nécessairement à celle de l'autre. Celui-ci ne saurait être séparé de celui-là [4].

2368. Quel que soit celui des trois moyens par lequel la date devient certaine, ce résultat ne se produit pas rétroactivement. En d'autres termes, la certitude ne remonte pas au jour de la date apparente. La date est considérée comme n'ayant été certaine que du jour où s'est passé le fait qui l'a rendue telle. L'art. **1328** le dit formellement, et le motif de sa disposition exige qu'il en soit ainsi [5].

2369. La disposition de l'art. **1328** est limitative : « Les actes sous seing privé *n'*ont de date contre les tiers *que* du jour... ». Les faits qu'elle prévoit sont les seuls qui peuvent donner à l'acte date certaine. On ne saurait donc ajouter aucun terme à son énumération. Il résulte, d'ailleurs, des

(1) Larombière, Demolombe, *loc. cit.* — Cpr. Civ. rej., 23 nov. 1841, S., 42. 1. 134, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3899, 4549-1°.

(2) Larombière, Demolombe, *loc. cit.* — Riom, 24 janv. 1842, S., 42. 2. 67, D. P., 42. 2. 65.

(3) Bonnier, *op. cit.*, n. 704; Marinier, *op. cit.*, ch. II, n. 7; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 260, note 132; Larombière, VI, p. 156 (art. 1328, n. 47 *in fine*); Demolombe, XXIX, n. 562 *in fine:* Laurent, XIX, n. 285, al. 2. — Grenoble, 26 avril 1849, S., 50. 2. 571, D. P., 51. 2. 23. — Rouen, 24 mars 1852, S., 52. 2. 535, D. P., 53. 2. 143.

(4) *Sic* Larombière, VI, p. 157 (art. 1328, n. 49); Demolombe, XXIX, n. 563. — *Contra* Huc, VIII, n. 254 *in fine*.

(5) Colmet de Santerre, V, n. 291 *bis*-VII, al. 2; Marinier, ch. II, n. 7; Demolombe, XXIX, n. 564.

travaux préparatoires que telle a été l'intention du législateur (1). Dans notre ancien droit, les faits par lesquels la date pouvait être rendue certaine n'étaient pas déterminés par la loi. Les auteurs du Code ont voulu faire cesser l'arbitraire qui en était la conséquence (2).

Ainsi la circonstance que l'acte sous seing privé serait relaté dans sa substance ou même intégralement copié dans les livres régulièrement tenus par l'un des souscripteurs, ne saurait lui conférer date certaine (3).

De même le timbre de la poste apposé sur un acte sous seing privé qui a été expédié sous forme de lettre missive (4).

Nous en dirons autant du sceau ou d'une empreinte quelconque de toute autre administration publique (5).

(1) Le projet ne prévoyait que le cas d'enregistrement et celui de mort de l'un des souscripteurs. C'est seulement dans la suite, et après discussion, qu'on ajouta le troisième cas, c'est-à-dire celui de la relation de la substance de l'acte sous seing privé dans un acte dressé par un officier public. Si l'article était simplement démonstratif, cette addition ne s'expliquerait pas. Séance du conseil d'Etat, du 2 frimaire an XII. — Fenet, XIII, p. 117; Locré, XII, p. 219, n. 21.

(2) *Sic* Duranton, XIII, n. 131; Marcadé, V, sur l'art. 1328, IV; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Acte sous seing privé*, n. 71-72; Bonnier, *op. cit.*, n. 704; Mourlon, II, n. 1565; Colmet de Santerre, V, n. 291 *bis*-VIII; Marinier, ch. II, n. 8 s.; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 260, texte et note 133; Larombière, VI, p. 157-158 (art. 1328, n. 50); Demolombe, XXIX, n. 565; Laurent, XIX, n. 286; Arntz, III, n. 337; Thiry, III, n. 135, p. 160 *in fine* et p. 161; Huc, VIII, n. 255, Planiol, II, 1re édit., n. 83, al. 5, 2e et 3e édit., n. 79, al. 5. — Colmar, 11 mars 1817; S. chr., V. 2. 247. — Civ. cass., 27 mai 1823, S. chr., VII. 2. 250, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3885-2°. — Bordeaux, 25 janv. 1829, S. chr., IX. 2. 196, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3880-1°, 3913. — Angers, 18 fév. 1837, S., 39. 2. 426, D., *op. cit.*, v° *Rente viagère*, n. 17. — Agen, 4 déc. 1841, S., 43. 2. 135, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3880-1° et 2°. — Lyon, 13 janv. 1849, S., 49. 2. 108. — Grenoble, 26 avril 1849, S., 50. 2. 271, D. P., 49. 2. 23. — Civ. cass., 28 juill. 1858, S., 58. 1. 792, D. P., 58. 1. 316. — Rouen, 22 juin 1872 (motifs), S., 73. 2. 209, D. P., 74. 2. 38. — Trib. Seine, 21 déc. 1899, *Gaz. Trib.*, 1900. 2e sem., 1. 466. — *Contra* Toullier, VIII, n. 242 et 243; Poujol, *Tr. des oblig.*, sur l'art. 1328, n. 6 (III, p. 141); Brass, *op. cit.*, p. 76. — Bordeaux, 24 fév. 1826, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3882-4°, et v° *Cautionnement*, n. 162. — Aix, 27 avril 1865, S., 65. 2. 53.

(3) *Sic* Demolombe, XXIX, n. 570. — *Contra* Aix, 27 avril 1865, précité.

(4) Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXIX, n. 571; Laurent, XIX, n. 287; Huc, VIII, n. 255; Planiol, II, 1re édit., n. 83, al. 5, 2e et 3e édit., n. 79, al. 5. — Aix, 27 mai 1845, D. P., 45. 2. 118. — Lyon, 3 juill. 1873, S., 74. 2. 225. — Cette solution s'impose particulièrement quand le timbre a été apposé sur l'enveloppe et non pas sur la lettre elle-même. — Lyon, 8 juin 1855, D. P., 56. 2. 37. — *Contra* Pau, 4 juill. 1833, joint à Req., 25 juin 1835; D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3884, et v° *Vente*, n. 1831-2°.

(5) Larombière, Demolombe, *loc. cit.*

Le visa pour timbre ne peut pas conférer date certaine (1).

La légalisation de la signature par un magistrat, quelle que soit la certitude qu'elle paraisse donner, est également impuissante à produire cet effet (2).

De même cette circonstance que l'acte est écrit sur un papier timbré depuis longtemps hors d'usage et que la feuille est dans un état de vétusté (3).

On ne doit pas, non plus, prendre en considération l'absence, même judiciairement constatée, la séquestration ou l'emprisonnement de l'un des souscripteurs (4).

Il ne faut pas davantage avoir égard à ce fait que l'un des signataires se trouverait privé de l'usage de ses deux mains par une paralysie (5) ou même par une double amputation (6).

Pareillement la possession d'un acquéreur ou la jouissance d'un preneur ne peut pas avoir la vertu de conférer date certaine à l'acte de vente ou de bail (7).

Le législateur italien de 1865 a reproduit la disposition de l'art. 1328, mais en lui enlevant son caractère limitatif. Il l'a, en effet, ainsi complétée : « La date des actes sous seing privé n'est certaine et n'est à compter à l'égard des tiers que du jour où ils ont été transcrits ou déposés au bureau d'enregistrement, du jour où est décédé ou mis dans l'impossibilité

(1) *Sic* Laurent, XIX, n. 287, al. 2; Huc, *loc. cit.* — *Contra* Grenoble, 10 juin 1825, S. chr., VIII. 2. 86, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3882-2°, et v° *Cautionnement*, n. 67.

(2) Laurent, XIX, n. 287, al. 3. — Haute cour des Pays-Bas, 7 janv. 1833, *Belgique judiciaire*, XII, p. 177. — Bruxelles, 13 août 1844, *Pasicr.*, 44. 2. 281. — Jugé notamment que la légalisation, donnée par le chancelier d'une ambassade française, des signatures apposées sur un acte sous seing privé passé à l'étranger, bien qu'elle puisse fournir au juge la certitude qu'il n'y a pas eu d'antidate, ne saurait équivaloir à l'un des trois faits limitativement énoncés par l'art. 1328. Trib. civ. Lyon, 12 déc. 1894, *Mon. jud. Lyon*, 27 fév. 1895.

(3) Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXIX, n. 569. — Civ. cass., 17 août 1831, S., 32. 2. 646, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3880, et v° *Enregistr.*, n. 5600.

(4) *Sic* Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit.* — *Contra* Toullier, VIII, n. 242.

(5) *Sic* Larombière, VI, p. 153 (art. 1328, n. 44); Demolombe, XXIX, n. 567; Planiol, *loc. cit.*

(6) *Sic* Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 72; Mourlon, Larombière, Arntz, Huc, Planiol, *loc. cit.*; Demolombe, XXIX, n. 568. — *Contra* Toullier, *loc. cit.*

(7) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, XXIX, n. 572; Laurent, XIX, n. 288. — Nîmes, 27 mai 1840, S., 40. 2. 495, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3885-5°. — Civ. cass., 28 juill. 1858, S., 58. 1. 792, D. P., 58. 1. 316.

physique d'écrire celui ou un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où la substance de ces mêmes actes est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que : procès-verbaux d'apposition de scellés ou d'inventaire, ou lorsque la date résulte d'autres preuves équivalentes » (1).

2370. La preuve testimoniale ne saurait être admise ni pour établir contre un tiers la sincérité de la date d'un acte sous seing privé qui n'a pas été rendue certaine par l'un des trois moyens prévus par l'art. 1328, ni pour déterminer l'époque à laquelle a été faite la convention ou disposition contenue dans cet acte. Il s'ensuit que les présomptions ne seraient pas admissibles (2).

Cependant l'offre de preuve serait recevable si elle se fondait sur un commencement de preuve par écrit qui eût lui-même acquis date certaine conformément à l'art. 1328. Dans ce cas, en effet, il est impossible que l'écrit produit ait été antidaté frauduleusement, et, par hypothèse, cette impossibilité résulte de l'un des trois faits prévus par ledit article. Le vœu de la loi nous paraît donc rempli (3).

2371. Ainsi que nous avons eu déjà l'occasion de le remarquer, la loi fait elle-même, en matière de communauté entre époux et en matière de gage, l'application du principe de l'art. 1328.

« La communauté, porte le premier alinéa de l'art. 1410, n'est tenue des dettes mobilières contractées avant le mariage par la femme qu'autant qu'elles résultent d'un acte authentique antérieur au mariage, ou ayant reçu avant la même époque

(1) Traduct. Orsier, p. 283.

(2) *Sic* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 261; Larombière, VI, p. 158 (art. 1328, n. 51); Demolombe, XXIX, n. 473. — Civ. cass., 27 mai 1823, S. chr., VII. 1. 250. D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3885-2°. — Toulouse, 7 juill. 1831, S., 32. 2. 646, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3885-3°. — Grenoble, 9 mai 1833, S., 33. 2. 506, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3960-4°. — Douai, 11 août 1837, S., 38. 2. 106, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3885-6°, et v° *Louage*, n. 494-2°. — Rouen, 22 juin 1872, S., 73. 2. 209. — *Contra* Toullier, VIII, n. 240; Zachariæ, § 752, texte et note 37. — Bordeaux, 24 février 1826, S. chr., VIII. 2. 197, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3882-4°. — Peu importe, d'après nous, qu'il y ait eu mise en possession de celui qui offre la preuve. — Larombière, même numéro, al. 2. — Nîmes, 27 mai 1840, S., 40. 2. 495, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3947. — Douai, 11 août 1837, précité.

(3) Larombière, même numéro, al. 3. — V. *infra*, n. 2589, al. 2.

une date certaine, soit par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou de plusieurs signataires dudit acte ». Comme on le voit, cette disposition ne vise expressément que les deux premiers des trois faits d'où peut résulter, aux termes de l'art. 1328, la certitude de la date. Faut-il en conclure que les actes sous seing privé constatant des obligations contractées par la femme avant le mariage ne peuvent pas acquérir date certaine par la mention qui en serait faite dans un acte authentique antérieur au mariage? Non, bien que le premier alinéa de l'art. 1410 soit restrictif dans ses termes, ce texte doit être considéré comme un renvoi à l'art. 1328 (1).

2372. Une question analogue se pose relativement aux art. 2074 et 2075 : « Ce privilège (le privilège du créancier gagiste), dit le premier alinéa de l'art. 2074, n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leur qualité, poids et mesure ». Et le premier alinéa de l'art. 2075 porte : « Le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifié au débiteur de la créance donnée en gage ». Ainsi, en ce qui regarde la façon dont un acte sous seing privé, constatant un contrat de gage, peut acquérir date certaine, la loi ne parle que de l'enregistrement. Est-ce à dire que, dans la matière, les deux autres faits indiqués par l'art. 1328 soient inefficaces? C'est pour la négative que nous nous prononçons. La mort de la personne qui a souscrit l'acte dont il s'agit ou la relation de la substance de celui-ci dans un acte dressé par un officier public permettrait au créancier gagiste de se prévaloir de son privilège contre les tiers. Ces deux faits, tout aussi bien que l'enregistrement, empêchent les antidates

(1) Marcadé, V, sur l'art. 1410, III; Rodière et Pont, *Tr. du contr. de mar.*, II, n. 711; Colmet de Santerre, VI, n. 48 *bis*-I; Aubry et Rau, 4e édit., V, p. 319, texte et note 15; Laurent, XXI, n. 410; Arntz, III, n. 611, al. 2; Vigié, II, n. 152; Thiry, III, n. 311; Guillouard, *Tr. du contr. de mar.*, II, n. 596; Huc, IX, n. 135; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contr. de mar.*, I, n. 515; Planiol, III, n. 1080.

et préviennent les fraudes que le législateur avait en vue en écrivant les art. 2074 et 2075. Il est donc rationnel de leur reconnaître le même effet.

Cependant la question est fort discutée. Mais nous n'avons pas à entrer dans les détails de cette controverse (1).

c. Des cas où les tiers ne peuvent pas opposer le défaut de date certaine.

2373. Les auteurs enseignent en général : 1° qu'un tiers ne saurait exciper de l'absence de date certaine s'il a formellement avoué avoir connu l'acte au moment où son propre droit a pris naissance (2); 2° qu'il en est de même en ce qui regarde le tiers qui a renoncé, soit expressément, soit tacitement, à invoquer l'incertitude légale de la date (3); 3° qu'un tiers n'est pas recevable à se prévaloir de la disposition de l'art. 1328, si, en contractant, il a eu la pensée de commettre une fraude au préjudice de la partie qui lui oppose l'acte (4).

2374. Nous croyons que, dans ces trois cas, en effet, on peut opposer aux tiers une fin de non recevoir. Mais nous irons jusqu'à dire, contrairement à l'avis de la plupart des auteurs (5), que l'acte sous seing privé n'a pas besoin d'avoir date certaine quand celui à qui on l'oppose le connaissait au moment où il a contracté. Ce n'est point parce que cette connaissance équivaut à la certitude de la date; assurément, dans notre hypothèse, la date n'est pas certaine, elle ne fait pas foi à l'égard des tiers d'une façon générale. La vraie raison, c'est qu'il y a dol à exciper de l'incertitude de la date, alors qu'on n'ignorait pas l'existence de l'acte, et que les tri-

(1) V. pour ces détails et dans le sens de notre solution, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantiss., des priv. et hyp.*, I, n. 45. — *Adde* dans notre sens Huc, XII, n. 358. — Cass. belge, 2 mars 1887, *Pasicr.*, 87. 1. 129. — *Adde* en sens contraire Beudant, *Les sûretés personnelles et réelles*, I, n. 146.

(2) Marinier, *op. cit.*, ch. II, n. 13; Demolombe, XXIX, n. 575-576. — Cpr. Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 261, al. 2.

(3) Bonnier, *op. cit.*, n. 705; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, XXIX, n. 577.

(4) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 261, al. 3; Larombière, VI, p. 147 (art. 1328, n. 39); Demolombe, XXIX, n. 579-580. — Req., 14 déc. 1829, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3886-3°; 8 fév. 1837, D., *op. cit.*, v° *Tierce-opposition*, n. 187-4°.

(5) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 261, al. 4; Larombière, VI, p. 148 *in fine* (art. 1328, n. 39, al. 6); Demolombe, XXIX, n. 579, al. 3.

bunaux ne peuvent pas faire triompher la mauvaise foi en acceptant un pareil moyen de défense (1).

2375. On s'accorde à décider que l'art. 1328 demeure sans application relativement aux actes constatant des conventions dont l'objet est inférieur à 150 fr. Cela s'explique facilement, puisque la loi n'exige pas, pour la preuve de ces conventions, la rédaction d'un écrit. Art. 1341 (2).

2376. Mais la règle posée par l'art. 1328 concerne aussi bien les actes unilatéraux que les actes synallagmatiques. Ni le texte ni l'esprit de la loi n'autorisent une distinction à cet égard. Les motifs de la disposition de l'art. 1328 se rencontrent également dans les deux cas (3).

2377. L'art. 1328 est inapplicable aux actes sous seing privé contenant des conventions ou des opérations commerciales. Les juges ont donc le pouvoir de tenir pour réelle et sincère, même à l'égard des tiers, la date de ces actes, bien qu'elle n'ait pas été rendue certaine par l'un des trois moyens mentionnés dans ce texte. Ils peuvent, en pareil cas, se décider par les faits et circonstances de la cause et par des présomptions non établies par la loi. La célérité et l'économie qu'exigent les nécessités du commerce ne permettent pas que les actes dont nous parlons soient soumis à l'enregistrement. D'ailleurs les factures, la correspondance, la preuve testimoniale, qui sont les modes de preuve les plus usuels dans les relations commerciales, ne se prêtent pas à cette formalité. Enfin, quand les contractants sont des commerçants, il suffit aux juges de consulter leurs livres pour déjouer les fraudes que le législateur a voulu prévenir en écrivant l'art. 1328 (4).

(1) Laurent, XIX, n. 289.

(2) Huc, VIII, n. 256.

(3) Laurent, XIX, n. 291; D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3905, et *Suppl. au Répert. alph., eod.* v°, n. 1606.

(4) Toullier, VIII, n. 244; Pardessus, *Cours de dr. comm.*, II, n. 246; Rolland de Villargues, *Répert. du notar.*, v° *Acte sous seing privé*, n. 75-76, et v° *Date*, n. 53; Poujol, *op. cit.*, sur l'art. 1328, n. 7 (III, p. 142); Delamare et Lepoitvin, *Dr. comm.*, I, n. 139; Alauzet, *op. cit.*, 3e édit., V, n. 1679; Renouard, *Faillites*, I, p. 521; Massé, *Dr. comm.*, IV, n. 2429; Bonnier, *op. cit.*, n. 702; Zachariæ, § 752, note 36 *in fine;* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 262; Larombière, VI, p. 159 (art. 1328, n. 52); Demolombe, XXIX, n. 581; Levé, *Code de la vente comm.*, n. 114; Ripert, *De la vente comm.*, p. 216; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*,

Mais on décide en général que cet article, ainsi d'ailleurs que les art. 1325 et 1326, est applicable aux contrats commerciaux qui doivent être nécessairement constatés par écrit. Du moment que la loi impose la rédaction d'un écrit pour la constatation de ces contrats, cela suppose qu'elle n'a pas voulu les soustraire à l'application des règles du droit civil relatives aux preuves (1).

2378. L'utilité pratique, débordant le texte de l'art. 1328, qui assujettit à la nécessité de la date certaine tous les actes sous seing privé, a fait admettre une exception relativement

v° *Actes sous seing privé*, n. 9 s.; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 607, et *Tr. de dr. comm.*, III, n. 58; Laurin, *Cours élément. de dr. comm.*, 3e édit., n. 57; Valabrègue, *Nouv. cours de dr. comm.*, n. 233; Huc, VIII, n. 256; Valéry, dissertation dans D. P., 99. 2. 65, note 1; Thaller, *Tr. élément. de dr. comm.*, 2e et 3e édit., n. 2251 *d.* — Paris, 12 avril 1811, S., III. 2. 472, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3611, et v° *Faillite*, n. 613. — Req., 4 fév. 1819, S. chr., VI. 1. 21, D., *op. cit.*, v° *Faillite*, n. 612-3°. — Req., 13 mars 1823, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3911-2°, et v° *Faillite*, n. 997. — Bordeaux, 2 mai 1826, S. chr., VIII. 2. 229, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3911-3° — Colmar, 18 juill. 1826, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3911-4°. — Toulouse, 4 juin 1827, S. chr., VIII. 2. 376, col. 3, D., *op. cit.*, v° *Faillite*, n. 613. — Req., 28 janv. 1834, S., 35. 1. 206, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3911-5°; 17 juill. 1837, S., 37. 1. 1022, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3911-6° et v° *Acte de commerce*, n. 48. — Civ. cass., 7 mars 1849, S., 49. 1. 397, D. P., 49. 1. 77. — Douai, 27 juill. 1857, D. P., 58. 2. 51. — Req., 14 déc. 1858, S., 60. 1. 987. — Douai, 19 fév. 1866 (sincérité de la date d'un acte de liquidation de société commerciale), S., 66. 2. 83, D. P., 66. 5. 375. — Civ. cass., 21 avril 1869, S., 69. 1. 350, D., 69. 1. 407, et, sur renvoi, Grenoble, 23 nov. 1870, S., 71. 2. 12, D. P., 71. 2. 173. — Alger, 18 fév. 1888, S., 89. 2. 115. — Lyon, 10 août 1888, S., 90. 2. 113. — Nancy, 19 fév. 1890, D. P., 91. 2. 283. — Dijon, 16 mars 1892, joint à Crim. cass., 8 déc. 1892, D. P., 95. 1. 77. — Besançon, 14 fév. 1894, joint à Crim. rej., 22 nov. 1894, D. P., 95. 1. 77. — Trib. civ. Seine, 6 avril 1898, *Le Droit*, 28 mai 1898. — Trib. com. Seine, 4 nov. 1903, *Journ. Trib. comm.*, 1905. 2. 231. — Req., 6 janv. 1906, D. P., 1906. 1. 77, *Pand. fr.*, 1906. 1. 74, *Gaz. Pal.*, 1906. 1. 274. Et il est indifférent que l'acte soit produit dans une instance civile, Bordeaux, 2 mai 1826, précité. — Spécialement l'art. 1328 ne s'applique pas aux lettres de change. — Civ. rej., 28 juin 1825, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3911-9°, et v° *Effets de commerce*, n. 64. — Req., 14 déc. 1829, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3911-9°, 3886-3°. — Il ne s'applique pas davantage aux billets à ordre souscrits par des commerçants. — Civ. cass., 7 mars 1849, précité. — L'acte constitutif d'hypothèque maritime, à raison de son caractère essentiellement commercial, n'est pas régi par la disposition de l'art. 1328. Bordeaux, 9 mars 1896, S., 99. 2. 273 (note de M. Wahl), D. P., 99. 2. 65.

(1) *Sic* Massé, *op. cit.*, IV, n. 2436; Dufour, *Dr. marit.*, II, n. 507; Bonnier, *loc. cit.* — Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 608, et *Tr. de dr. comm.*, III, n. 58 *ter*; Valabrègue, *loc. cit.* — *Contra* Pardessus, *op. cit.*, II, n. 607, et I, n. 246; Alauzet, *loc. cit.*; Boistel, *Préc. de dr. comm.*, 3e édit., n. 440.

aux quittances rédigées sous signature privée. Une jurisprudence, sûrement contraire au droit rigoureux, mais contre laquelle on proteste vainement (1), décide que ces écrits font par eux seuls preuve de leur date à l'encontre de tout le monde, même des ayants cause à titre singulier (2).

Dans l'hypothèse, par exemple, d'une cession de créance, si le débiteur oppose au cessionnaire une quittance qui atteste soit un paiement d'intérêts, soit le paiement partiel ou intégral de la dette, cette quittance établira sa libération, quoiqu'elle n'ait pas acquis date certaine avant la signification du transport, et le cessionnaire ne pourra soustraire son droit à son effet extinctif qu'en prouvant l'antidate. Art. 1691 (3).

Au cas de saisie-arrêt, il en sera de même de la quittance opposée au saisissant par le tiers saisi (4).

(1) V. notamment Colmet de Santerre, V, n. 291 *bis*-IV; Demolombe, XXIX, n. 539; Laurent, XIX, n. 332-335; Thiry, III, n. 137; Huc, VIII, n. 256, dern. al.

(2) Jugé qu'il faut étendre la dispense même aux quittances subrogatives, qui, en réalité, ne sont que des quittances. — Trib. civ. Châteauroux, 14 nov. 1899, *Droit,* 31 janv. 1900.

(3) Plusieurs arrêts, pour justifier cette solution, se fondent sur ce que le cessionnaire serait l'ayant cause du cédant au sens de l'art. 1322. — V. dans ce sens Lyon, 26 mars 1823, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3956-2°. — Bordeaux, 26 juin 1840, S., 41. 2. 53, D., *ibid.* — Limoges, 17 août 1841, S., 42. 2. 313, D., *ibid.* — Cpr. Req., 26 nov. 1834, S., 35. 1. 110, D., *op. cit.*, v° *Vente,* n. 1792. — Cette proposition est certainement inexacte. Le cessionnaire est un ayant cause à titre particulier; c'est donc un tiers dans le sens de l'art. 1328. Cette doctrine a été consacrée par d'autres arrêts, qui ont déclaré, en conséquence, que les quittances dépourvues de date certaine n'étaient pas opposables au cessionnaire. — V. dans ce dernier sens Bruxelles, 15 nov. 1808, S. chr., II. 2. 440, D., *op.* et v° *cit.*, n. 1794. — Colmar, 28 juill. 1819, S. chr., VI. 2. 114, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3957-1°. — Bruxelles, 17 juill. 1832, D., *ibid.* — Civ. cass., 23 août 1841, S., 41. 1. 756, D., *op.* et v° *cit.*, n. 1793, et, sur renvoi, Rouen, 31 mai 1843, S., 43. 2. 355, D., *op. cit.*, n. 3957. — Bordeaux, 21 mars 1846, S., 46. 2. 545, D., *ibid.*, et D. P., 49. 2. 108. — Plusieurs auteurs enseignent que la question doit être résolue d'après les circonstances de chaque espèce et qu'il faut, avant tout, avoir égard à ce fait que les quittances ont ou n'ont pas été produites immédiatement après la signification du transport. — Duranton, XVI, n. 504; Duvergier, *Vente,* II, n. 224. — V. encore Delvincourt, III, p. 170; Marcadé, V, sur l'art. 1328, V; Troplong, *Vente,* II, n. 920; Bonnier, *op. cit.*, n. 701; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 254-255, texte et note 114. — V. dans le même sens Req., 22 fév. 1853, D. P., 54. 5. 597. — Pour Larombière, c'est dans l'art. 1240 qu'il faut chercher la raison qui autorise le débiteur cédé à opposer au cessionnaire des quittances sans date certaine, VI, p. 134-135 (art. 1328, n. 23). — V., pour la réfutation de ce système, qui n'a pas trouvé d'adhérents, Demolombe, XXIX, n. 539, p. 465-466.

(4) V. notamment Civ. cass., 29 oct. 1890, S., 91. 1. 305 (note de M. Balleydier),

Cette jurisprudence sans doute laisse la porte ouverte aux fraudes que l'art. 1328 a pour but de prévenir; mais l'application inflexible de la loi eût jeté la perturbation dans les habitudes de la vie civile, en imposant l'obligation de soumettre à l'enregistrement des actes si fréquents et dont l'importance est souvent si minime (1).

D'ailleurs ce tempérament, admis pour les quittances, c'est-à-dire pour les écrits qui constatent des paiements, ne saurait être étendu à ceux qui contiennent d'autres conventions libératoires, telles qu'une remise de dette, une novation, etc., intervenues entre le cédant et le débiteur cédé, ou entre le débiteur saisi et le tiers saisi, car ces derniers actes ne sont pas, comme les paiements, des actes de simple administration (2).

2379. Les lettres missives sont-elles régies par la disposition de l'art. 1328? La cour de Pau, par un arrêt du 18 février 1857, a décidé l'affirmative. Elle s'est fondée sur ce que le principe de l'art. 1328 ne comporte pas d'exception pour ces lettres (3). La négative est soutenue par Laurent. La loi, dit-il, ne parle que des actes sous seing privé, c'est-à-dire des écrits rédigés en vue de constater un fait juridique. Or cette définition ne saurait s'appliquer aux lettres dont il s'agit (4). Il ne faut pas voir là simplement une question de mots. Les actes et les lettres missives n'ont pas le même

D. P., 91. 1. 475. — V. aussi les arrêts cités *supra*, p. 91, note 1. — Pour justifier sa décision, la jurisprudence raisonne comme dans le cas de cession de créance. Elle se fonde sur cette proposition erronée que les créanciers saisissants seraient les ayants cause à titre universel du débiteur saisi. — V. *supra*, n. 2360 β.

(1) Pour donner une base à cette jurisprudence, Demolombe dit que le législateur a eu vraisemblablement l'intention d'excepter les quittances, et que c'est d'autant plus vraisemblable qu'en cela il a simplement confirmé les traditions de notre ancien droit, XXIX, n. 539 *in fine*. Mais, ainsi que le fait observer fort bien Huc, une pareille manière de raisonner peut mener loin, *loc. cit.*

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 255; Larombière, VI, p. 129-131 et p. 135 (art. 1328, n. 21-22 et 24); Demolombe, XXIX, n. 541. — V. cependant Rodière, note dans S., 74. 2. 227.

(3) D. P., 58. 2. 140. — V. dans le même sens Massé, *Dr. comm.*, IV, n. 2460 s.; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 293 *in fine;* Girault, *Tr. des contr. par corresp.*, n. 142; Valéry, *Des contr. par corresp.*, n. 290-291; Planiol, II, 1re édit., n. 114 *in fine*, 2e et 3e édit., n. 108 *in fine*.

(4) Laurent, XIX, n. 291.

caractère. Les premiers sont destinés à être produits en justice, et, par suite, les parties intéressées doivent veiller à ce que leur date devienne légalement certaine. Les lettres missives, au contraire, ne sont produites que rarement devant les tribunaux, et on ne les fait enregistrer qu'au moment où on va en faire usage dans une instance. Il est donc rationnel de les soustraire à l'application de l'art. 1328.

La cour de Bruxelles, par un arrêt du 19 octobre 1829, l'a décidé ainsi (1).

Il vaut mieux, d'après nous, faire la distinction proposée par Huc. Ce dernier auteur fait observer que, si un grand nombre de lettres missives ne peuvent pas être considérées comme des actes, il en est d'autres qui ont certainement pour objet de constater des faits juridiques, car beaucoup d'affaires se traitent par correspondance. Ces dernières lettres tiennent lieu des écrits prescrits pour la preuve en matière civile; on ne voit donc pas pourquoi elles ne seraient pas régies par l'art. 1328 (2).

2380. Aujourd'hui on admet que l'art. 1328 demeure sans application en ce qui regarde l'expropriation pour cause d'utilité publique. L'intérêt de cette proposition apparaît quand l'immeuble exproprié est occupé par un locataire dont le bail n'a pas date certaine. Il ne faut pas dire que, dans ce cas, l'Etat ou la compagnie substituée à ses droits est un acquéreur à titre particulier auquel, d'après l'art. 1734, ce bail n'est pas opposable. Une expropriation pour cause d'utilité publique ne doit pas être assimilée à une aliénation volontaire. En effet, aux termes de l'art. 21 de la loi du 3 mai 1841, dans la huitaine qui suit la notification du jugement d'expropriation, « le propriétaire est tenu d'appeler et de faire connaître à l'administration les fermiers, locataires...., sinon il sera seul chargé envers eux des indemnités que ces derniers pourraient réclamer ». Cela suppose bien que, s'il fait cette déclaration, il est déchargé au regard de ses fermiers ou locataires et que ses obligations passent à l'expro-

(1) *Pasicr.*, 29. 2. 273.

(2) Huc, VIII, n. 256, al. 2 et 3. — Req., 19 mars 1900, S., 1902. 1. 121, D. P., 1900. 1. 449 (note de M. Guénée).

priant. Dans ce cas, d'ailleurs, le fermier ou locataire expulsé ne saurait exercer un recours en indemnité contre le propriétaire comme lorsque celui-ci aliène volontairement l'immeuble, car l'expropriation pour cause d'utilité publique est, aussi bien pour le propriétaire que pour les locataires ou fermiers, un cas de force majeure (1).

2381. Rappelons, en terminant, que, lorsque des actes authentiques, nuls comme tels, valent comme écritures privées, ils ne font foi de leur date contre les tiers que dans les cas déterminés par l'art. 1328 (2).

d. Des cas où la certitude de la date ne détermine pas la préférence.

2382. En matière *immobilière,* le principe de la *transcription,* développé par la loi du 23 mars 1855, soustrait en partie à la théorie de la date certaine tous les actes translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèques ou portant renonciation à ces mêmes droits, tout acte constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation ou portant renonciation à ces mêmes droits, et même les baux d'une durée de plus de dix-huit années. Entre deux personnes qui revendiquent de tels droits sur le même immeuble, la préférence se règlera, non d'après la certitude de la date des actes, mais d'après l'ordre dans lequel ils auront été transcrits sur un registre tenu par un officier public. Par conséquent, de ces deux personnes, celle-là triomphera, qui la première aura fait transcrire son titre, alors même que

(1) Sic Bonnier, *op. cit.,* n. 706; Paillard de Villeneuve, *Gaz. Trib.,* numéro du 10 mai 1854; Cabantous, *Journ. du Pal.,* 1854, II, p. 1; Clamageran, *Rev. prat.,* I, p. 80; Marinier, *op. cit.,* ch. I, n. 69; de Perronny et Delamarre, *Comment. des lois d'expropriation,* n. 525; Daffry de la Monnoye, *Théorie et pratique de l'expr.,* II, p. 214; Demolombe, XXIX, n. 582; Ambroise Rendu, *Consultation,* D. P., 61. 1. 145, note *a.* — Lyon, 7 août 1855, S., 55. 2. 637, D. P., 56. 2. 102. — Grenoble, 30 août 1856, S., 58. 2. 111, D. P., 58. 2. 83. — Civ. rej., 17 avril 1861, S., 61. 1. 497, D. P., 61. 1. 145. — *Contra* Jousselin, sur Delalleau, *Tr. de l'expropr.,* I, p. 637; Dufour, *Dr. admin.,* V, n. 467; Cotelle, *Cours de dr. admin.,* II, p. 354. — Civ. cass., 2 fév. 1847, S., 47. 1. 280, D., *Rép. alph.,* v° *Expropr. pour cause d'utilité publique,* n. 614. — Paris, 16 mai 1854, S., 54. 2. 345, D. P., 55. 2. 54. — Lyon, 16 mai 1855, S., 55. 2. 236, D. P., 55. 2. 297. — Paris, 20 juil. 1858, S., 58. 2. 559.

(2) V. *supra,* n. 2100 *in fine.*

l'autre, en justifiant de la date certaine de son acte d'acquisition, prouverait l'antériorité de celui-ci [1]. Mais la question de la certitude légale de la date reprend toute son importance, si l'on suppose que ni l'une ni l'autre n'a rempli la formalité de la transcription [2].

2383. En matière *mobilière* également, la théorie de la date certaine est limitée par la disposition de l'art. 2279, en d'autres termes par la règle *En fait de meubles, la possession vaut titre,* dont l'art. 1141 renferme une importante application. Aux termes de ce dernier article, dans l'hypothèse de deux transmissions successives portant sur le même meuble corporel, la propriété appartient à celui des acquéreurs qui a été le premier mis en possession, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu que sa possession soit de bonne foi. Mais la doctrine de la date certaine devient applicable, lorsque la chose n'a été livrée à aucun des prétendants [3].

2384. Il nous faut examiner les difficultés qui s'élèvent lorsque deux actes sous seing privé, concédant sur la même chose, à deux personnes différentes, des droits qui ne sauraient coexister, ont acquis date certaine le même jour.

α. Envisageons d'abord l'hypothèse la plus simple, celle où les deux droits en conflit n'ont pas la même nature; l'un est le droit d'un locataire, l'autre celui d'un acquéreur. *Primus* loue sa maison à *Secundus*; puis il la vend à *Tertius*. Les deux actes sous seing privé, constatant le bail et la vente, n'ont acquis, ni l'un ni l'autre, date certaine. Or *Primus* décède, et, par conséquent, les deux actes reçoivent date certaine au même moment. L'acquéreur peut néanmoins expulser le locataire ; celui-ci n'est pas admis à invoquer la disposition de l'art. 1743, car il ne prouve pas que la date du bail soit antérieure à celle de la vente. Or, d'après le motif de la loi, l'application de l'art. 1743 est essentiellement subordonnée à cette preuve [4].

[1] V. notre tome I, n. 393 s.

[2] Bonnier, *op. cit.*, n. 700; Colmet de Santerre, n. 291 *bis*-III; Demolombe, XXIX, n. 535 *in fine*.

[3] V. notre tome I, n. 409 s.

[4] Troplong, *Tr. du louage,* II, n. 503; Demolombe, XXIX, n. 584; Guillouard,

β. Supposons maintenant que les deux droits en conflit sont de même nature. *Primus* a vendu une chose mobilière à *Secundus*, et son mandataire a vendu cette même chose à *Tertius*. Puis les deux actes reçoivent date certaine en même temps, par la mort de *Primus*. Celui des deux acquéreurs qui aura été mis le premier en possession réelle, devra, aux termes de l'art. **1141**, ainsi qu'il résulte de nos précédentes explications, obtenir la préférence. Ce n'est là qu une application de la règle : *En fait de meubles*... Mais, si ni l'un ni l'autre des acquéreurs n'a été mis en possession, celui-là devra être préféré qui aura formé le premier contre l'auteur commun une demande en délivrance. Il est inadmissible, en effet, que le vendeur puisse rendre illusoire le droit de cet acquéreur, en refusant ou en différant de lui délivrer la chose (1).

Que décider si les deux actes reçoivent date certaine le même jour, mais à des heures différentes? Par exemple, leur substance a été constatée dans deux actes authentiques rédigés le 12 mars 1907, mais l'un le matin, et l'autre l'après-midi. Selon nous, l'antériorité de l'heure doit déterminer la préférence. On ne saurait, pour repousser cette solution, tirer un argument de l'art. **2147**. La disposition de cet article est exceptionnelle, et, d'ailleurs, elle vise un cas tout différent du nôtre (2).

APPENDICE

A L'ÉTUDE DES ACTES AUTHENTIQUES ET DES ACTES SOUS SEING PRIVÉ

Des contre-lettres.

2385. Dans une acception large, on appelle *contre-lettre* tout écrit rédigé contre un autre écrit, tout acte qui vient en modifier un autre; on le trouve pris en ce sens dans les art.

Tr. du contr. de louage, I, n. 362; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, I, 1re édit., n. 971, 2e et 3e édit., n. 1282. — Douai, 15 fév. 1865, S., 65. 2. 293. — Cpr. Pau, 21 fév. 1898, S., 98. 2. 303.

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 262; Larombière, VI, p. 165 (art. 1328, n. 55); Demolombe, XXIX, n. 585.

(2) Larombière, VI, p. 160 (art. 1328, n. 53); Demolombe, XXIX, n. 586. — V. aussi Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 262, texte et note 141.

1396 et 1397, relatifs aux changements qui sont apportés à des conventions matrimoniales avant le mariage [1]. Mais cette expression est habituellement employée dans une acception plus étroite, pour désigner un acte destiné à rester secret entre les parties et qui contredit les dispositions d'un acte ostensible. Tel est le sens qui lui appartient dans l'art. 1321, le seul que le Code consacre à l'importante matière des contre-lettres : « *Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes : elles n'ont point d'effet contre les tiers* ».

De ce que cet article est placé dans le chapitre de la preuve, il ne faut point conclure qu'il s'occupe de la force probante de la contre-lettre. Cette force probante, qui ne présente rien de spécial, est soumise aux règles que nous venons d'exposer sur les actes authentiques et les actes sous seing privé. Le texte de l'art. 1321 indique clairement qu'il ne concerne que les *effets* de l'opération consignée dans une contre-lettre [2]. C'est là un vice de méthode qui s'explique par l'origine tout accidentelle de notre disposition : elle fut introduite dans le Code à la suite et comme conclusion d'une discussion soulevée inopinément au sein du conseil d'Etat par le directeur général de l'enregistrement à propos de l'acte authentique [3].

2386. L'expression *contre-lettre* est une survivance de l'ancienne terminologie. Autrefois, les actes publics étaient appelés *lettres* [4], comme on le voit par ces expressions *lettres royaux, lettres patentes, lettres de rescision,* etc. La locution *bailler lettre* signifiait donner une reconnaissance écrite. Au Châtelet, on disait *donner lettre* pour dire *donner acte* [5]. En

(1) V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage,* I, n. 126-139.

(2) Larombière, V, p. 561 (art. 1321, n. 5).

(3) V. *infra,* n. 2404.

(4) « Généralement, dit Claude-Joseph Ferrière, ce terme (lettre) signifie un titre qui donne le droit de jouir de quelque chose, ou l'instrument avec lequel on justifie une prétention ». *Dict. de dr. et de prat.,* v° *Lettre.*

(5) « On se sert dans certains tribunaux, par exemple au Châtelet, de ces termes *donner lettres* au lieu de ceux-ci *donner acte.* Ce n'est pas la seule occasion où l'on se serve du mot *lettres* au lieu de celui d'*acte* ». Denizart, *Coll. de déc nour.,* v° *Acte,* § VI, n. 2 (I, p. 158). — V. aussi Merlin, *Rép.,* v° *Contre-lettre,* n. 1.

tête des *vidimus*, c'est-à-dire des copies collationnées « par notaire, secrétaire, greffier ou par attestation de juges » [1], figurait la formule : « Nous avons vu une *lettre* non cancellée », etc.

La contre-lettre était donc un écrit dressé pour en contredire un autre : « Contre-lettres, dit Claude-Joseph Ferrière, sont des pactions secrètes faites contre un contrat, dérogeantes à icelui ou aux clauses qui y sont portées, comme si *Titius* constitue une rente au profit de *Mœvius*, et que par un acte séparé *Mœvius* reconnaisse que la rente ne lui est point due et que si le contrat en a été passé à son profit, ce n'a été que pour lui faire plaisir ou bien pour faire plaisir à une autre personne à qui la rente appartient véritablement... On dit contre-lettre, parce qu'en cet endroit *lettre* est prise pour un acte obligatoire. Ainsi une contre-lettre est un acte contraire à la lettre, obligation ou contrat, qui prouve que celui qui paraît véritable et sérieux, ne l'est pas. — C'est un détour concerté entre les parties pour retenir d'une main ce qu'on abandonne de l'autre, ou pour mettre à couvert ce qu'on appréhende d'engager ou de rendre connu et public En un mot, c'est une fine précaution qui peut quelquefois rendre suspecte la foi de ceux qui en usent » [2].

Nos vieux auteurs n'ont pas beaucoup écrit sur ce sujet. Ils n'ont guère traité que d'une espèce particulière de contre-lettres, de celle qui apporte des changements au contrat de mariage avant la célébration du mariage [3]. Les coutumes, d'ailleurs, ne visaient que cette espèce de contre-lettres [4].

Mais, en pratique, les écrits secrets qui contredisaient des actes ostensibles étaient, la plupart du temps, considérés comme suspects : « Les contre-lettres, disait Denizart, sont ordinairement défavorables, parce qu'elles servent à faciliter le mensonge et le dol : c'est par leur moyen qu'un homme de mauvaise foi parvient à tromper ses créanciers en leur

[1] Claude-Joseph Ferrière, *op. cit.*, v° *Vidimus*.

[2] *Op. cit.*, v° *Contre-lettre*. — V. aussi Guyot, *Rép. de jurispr.*, v° *Contre-lettre*; Denizart, *op. cit.*, v° *Contre-lettre*, n. 1.

[3] V. not. Pothier, *Tr. de la comm.*, n. 13-16 (édit. Dupin, VI, p. 44-46).

[4] Cout. de Paris, art. 258; Cout. d'Orléans, art. 223.

présentant des biens qu'il ne possède pas ou des créances actives qui n'existent pas. Aussi les notaires qui ont reçu les actes qu'on veut anéantir par les contre-lettres, ne peuvent-ils point recevoir les contre-lettres, à peine d'être réputés participants de la fraude qui en est presque toujours le principe » (1).

Dans certaines matières spéciales, on était allé jusqu'à frapper de nullité les actes secrets dont nous parlons :

1° Une déclaration du 16 mai 1532 avait défendu aux comptables de se servir de contre-lettres au fait de leur charge, à peine d'amende arbitraire contre les infracteurs (2);

2° Un arrêt du Parlement de Paris, du 3 mars 1663, avait interdit à toutes personnes, de quelque qualité et condition qu'elles fussent, de faire des contre-lettres dans les contrats de fondation et dotation qu'elles feraient de couvents et communautés séculières ou régulières, à peine de 10.000 livres d'amende, etc., et à tous notaires d'en passer aucune, à peine de faux et de 2.000 livres d'amende, etc. (3);

3° Enfin deux arrêts de règlements, l'un du 7 décembre 1691 (4) et l'autre du 8 août 1714 (5), avaient prohibé les contre-lettres dans l'acquisition des charges et pratiques de procureurs et autres.

Dans ces divers cas, les contre-lettres étaient dénuées de force, même entre les parties.

Mais, à un point de vue général, quel était, d'après notre ancienne jurisprudence, l'effet des contre-lettres? «..... Les contre-lettres et tous les actes secrets qui dérogent aux contrats ou qui y apportent quelque changement — répond Domat — n'ont aucun effet à l'égard des personnes tierces dont l'intérêt y serait blessé » (6).

(1) Denizart, *op.* et v° *cit.*, n. 3.

(2) Fontanon, *Les édits et ordonnances des rois de France,* édit. de 1585, II, p. 475.

(3) *Journ. des aud.*, édit. de 1733, II, liv. II, chap. X, p. 127; Claude-Joseph Ferrière, *op.* et v° *cit.;* Denizart, *op.* et v° *cit.*, n. 4, al. 3.

(4) Claude-Joseph Ferrière, *ibid.;* Denizart, *op.* et v° *cit.*, n. 4.

(5) *Journ. des aud.*, VI, liv. IV, chap. XXXIV, n. 482-483; *Rec. des arrêts et règlements concernant les fonctions de procureurs,* p. 180; Claude-Joseph Ferrière et Denizart, *loc. cit.*

(6) *Lois civ.*, 1re part., liv. III, tit. VI, sect. II, n. 15 (édit. Rémy, II, p. 157).

Claude-Joseph Ferrière nous renseigne en ces termes : « Les contre-lettres ne font foi que lorsqu'elles sont passées par devant notaire ou reconnues en justice ; autrement, il serait au pouvoir des parties de se servir d'antidates au préjudice des tiers » (1). Pour plus de précision, les contre-lettres passées par devant notaire et en minute étaient opposables aux tiers lorsqu'elles avaient été faites en même temps que l'acte qu'elles démentaient (2). Mais elles ne pouvaient avoir aucun effet contre eux lorsqu'elles étaient sous signatures privées. On cite en ce sens un arrêt du Parlement de Paris, du mois de décembre 1633, d'après lequel : « Contre-lettre ou déclaration qu'une rente n'est point due et que ce n'est que pour faire plaisir, n'a point d'effet contre un tiers à qui la rente est transportée » (3).

2387. Pour exposer les règles de cette matière, nous étudierons trois points : 1° Quels sont les éléments essentiels de la contre-lettre ; 2° En quelle forme la contre-lettre peut être faite ; 3° Quels en sont les effets.

A. *Eléments essentiels de la contre-lettre.*

N° 1. *La contre-lettre a pour objet de constater la simulation d'un acte ostensible.*

2388. La première condition essentielle pour qu'un écrit constitue une contre-lettre, c'est qu'il ait pour objet de constater la simulation totale ou partielle d'un acte ostensible. Les parties commencent par rédiger un écrit destiné à être montré au public et qui leur donne une fausse situation, qui déguise leurs vraies intentions, et c'est pour constater ce défaut de sincérité, pour se ménager une preuve de la réalité des choses, qu'elles passent d'une manière le plus souvent clandestine un second acte, qu'on appelle *contre-lettre,* précisément parce qu'il est contraire au premier. Ainsi la contre-lettre a pour objet de rétablir le véritable prix d'une vente,

(1) Claude-Joseph Ferrière, *loc. cit.*

(2) Denizart, *op. cit.*, v° *Contre-lettre,* n. 3 ; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Contre-lettre,* § 5 ; Toullier, VIII, n. 182 ; de Plasman, *Contre-lettres,* art. 1028.

(3) *Journ. des aud.*, I, liv. II, chap. CXLIII, p. 175-176 ; Claude-Joseph Ferrière, *loc. cit.*

lorsque l'acheteur aura promis de payer un prix supérieur à celui stipulé dans l'acte ostensible; ou bien elle sert à prouver que la vente, qui paraît avoir eu lieu entre deux personnes, n'est pas sérieuse, ou qu'elle masque une autre convention, une donation par exemple.

Cette condition suppose évidemment que l'écrit constituant une contre-lettre est distinct de l'acte dont il renferme la rétractation totale ou partielle.

Plusieurs personnes ont emprunté solidairement une somme d'argent. Puis l'une d'elles reconnaît que l'emprunt dont il s'agit l'intéresse exclusivement, et elle s'engage, en conséquence, à le rembourser intégralement. L'acte qui renferme cette déclaration est-il une contre-lettre? Non, certainement. En effet, il ne contredit nullement l'acte d'emprunt; il indique simplement de quelle manière la dette solidaire doit être supportée définitivement par les emprunteurs. On ne saurait donc prétendre qu'il constate un mensonge (1).

2389. De ce que la contre-lettre implique une simulation, il résulte qu'on ne doit pas attribuer ce caractère à l'acte, connu sous le nom de *déclaration de command*, par lequel un acquéreur exerce la faculté, qu'il s'est réservée dans le contrat, de nommer ultérieurement dans un certain délai la personne pour le compte de laquelle il a fait l'acquisition. Il n'y a point là de simulation, puisque l'acte de vente lui-même annonce la réserve (2).

2390. De même les éléments d'une contre-lettre ne se rencontrent pas lorsqu'une personne stipule comme *prête-nom*. Dans ce cas, les conventions qui ont eu lieu entre le mandant et le mandataire sont complètement étrangères aux tiers. Non seulement on ne saurait les leur opposer, mais ils ne peuvent pas s'en prévaloir, car c'est avec le prête-nom qu'ils ont traité. A proprement parler, il n'existe pas alors de simulation (3).

(1) Douai, 1er mars 1851, S., 51. 2. 309, D. P., 51. 2. 189.

(2) Toullier, VIII, n. 170; Marcadé, V, sur l'art. 1321, V *in fine*; Poujol, *op. cit.*, III, p. 69-70, n. 3, al. 3-4; Bonnier, *op. cit.*, n. 524; Zachariæ, § 751, note 20; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 264; Larombière, V, p. 571-575 (art. 1321, n. 15); Demolombe, XXIX, n. 312.

(3) Demolombe, XXIX, n. 314. — Cpr. Caen, 24 mai 1862, S., 63. 2. 44. — Req., 25 janv. 1864, S., 65. 1. 105, D. P., 64. 1. 282.

N° 2. *La contre-lettre n'exprime pas une convention nouvelle.*

2391. En second lieu, ce qui caractérise la contre-lettre, c'est qu'elle n'exprime pas une convention nouvelle. Elle ne fait qu'un avec l'acte apparent et simulé, dont elle constate le mensonge et rétablit le véritable caractère ou les véritables clauses. Il ne faudrait donc pas voir une contre-lettre dans un acte additionnel, par lequel les parties changent ou modifient un acte sincère et sérieux qu'elles ont antérieurement passé. C'est alors une nouvelle convention qui succède à la première, et il y a en réalité deux opérations parfaitement distinctes. Par exemple un auteur a d'abord vendu moyennant 10.000 fr. un ouvrage à un éditeur; l'ouvrage ne réussissant pas comme on l'avait espéré, l'auteur consent, par un second acte fait avec l'éditeur, à réduire le prix à 5.000 fr. On ne saurait voir là une contre-lettre (1).

2392. D'ordinaire, en pratique, lorsqu'un acte en modifie un autre, on voit, par la façon même dont les parties ont qualifié cette convention, si elles ont fait une contre-lettre ou un acte additionnel. Mais, dans le cas où il y a contestation sur le point de savoir si un écrit constitue ou non une contre-lettre, il appartient aux juges du fond de statuer souverainement sur ce point, car, pour résoudre la difficulté, il faut apprécier l'intention des parties, et, par suite, il s'agit d'une simple question de fait (2).

Mais, si les juges du fond, tout en constatant qu'un écrit présente les divers caractères juridiques d'une contre-lettre, refusaient d'appliquer la disposition de l'art. 1321, leur décision serait sujette à cassation. Nous citerons une espèce intéressante. Le jour même où elles avaient passé un acte notarié contenant cession, sous condition suspensive, d'un droit d'usufruit sur des immeubles indivis dépendant d'une succession, les parties avaient signé un acte sous seing privé dans lequel elles convenaient que la condition suspensive dont il

(1) De Charencey, *Encycl. du droit,* v° *Contre-lettre,* n. 10; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 264, texte et note 6; Demolombe, XXIX, n. 308.

(2) De Charencey, *op. cit.,* n. 10 et 12; Bonnier, *op. cit.,* n. 513; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 264 *in fine;* Demolombe, XXIX, n. 310.

s'agit était non avenue et que la cession était définitive. La cour d'Angers, par un arrêt du 30 avril 1895, avait décidé que cet acte sous seing privé ne constituait pas une contre-lettre. Pour motiver sa décision, elle avait dit *qu'il ne pouvait pas être isolé de l'acte authentique* et qu'il formait avec celui-ci *un tout indivisible*. Or, nous l'avons expliqué, c'est là précisément une caractéristique de la contre-lettre. Il n'est donc pas douteux que la cour d'Angers avait commis une erreur de droit, et c'est avec raison que la cour suprême a considéré comme une contre-lettre l'acte sous seing privé dont nous venons de parler (1).

B. *De la forme des contre-lettres.*

2393. D'ordinaire, la contre-lettre est rédigée sous signature privée; mais elle peut être faite dans la forme authentique, car un acte authentique est susceptible d'être tout aussi secret qu'un acte sous seing privé (2).

Notre ancien droit, comme on l'a vu, admettait la solution contraire (3). Il partait de cette idée inexacte que l'authenticité excluait nécessairement la clandestinité et que, par suite, l'acte authentique modificatif d'une convention devait toujours avoir effet contre les tiers (4).

Remarquons à ce sujet que le Code civil italien paraît bien s'être placé au même point de vue. D'après son art. 1319, l'effet des contre-lettres n'est limité que lorsqu'elles sont faites par acte sous seing privé (5).

2394. Ainsi nous n'avons pas à distinguer suivant que la contre-lettre est un acte authentique ou un acte sous seing privé. Il s'ensuit que, lorsqu'elle est faite dans cette dernière

(1) Civ. cass., 18 mai 1897 (sol. impl.), S., 98. 1. 225 (note de M. Tissier, en sens conforme), D. P., 97. 1. 505 (note de M. de Loynes, également en sens conforme).

(2) V. Merlin, *Rép.*, v° *Contre-lettre*, § 5; Toullier, VIII, n. 182; Bonnier, *op. cit.*, n. 513; de Charencey, *Encycl. du dr.*, v° *Contre-lettre*, n. 19; Poujol, *Oblig.*, III, p. 71, n. 5; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 265, texte et note 10; Larombière, V, p. 561 (art. 1321, n. 4); Demolombe, XXIX, n. 318; Laurent, XIX, n. 182, p. 193; Arntz, III, n. 313; Huc, VIII, n. 234.

(3) V. *supra*, n. 2386.

(4) Poujol, Demolombe, *loc. cit.*

(5) V. traduct. Orsier, p. 281.

forme, la circonstance que sa date est légalement certaine est indifférente et ne saurait, par conséquent, lui donner plus de force contre les tiers [1].

2395. Du moment que le législateur ne déroge pas au droit commun quant à leur forme, il faut dire, d'une manière générale, qu'à cet égard les contre-lettres sont gouvernées par les mêmes règles que les autres actes. Ainsi, lorsqu'elles sont rédigées sous signature privée, il n'y a pas de raison pour que les dispositions des art. 1325 et 1326 ne leur soient pas applicables [2].

2396. Cette particularité que le législateur parle de la contre-lettre à la fin du paragraphe consacré à l'acte authentique est sans portée quant à la forme de l'acte modifié par la contre-lettre. Cet acte peut être soit authentique, soit sous seing privé [3].

2397. Bien que la rédaction de la contre-lettre ait généralement lieu en même temps que celle de l'acte ostensible, rien n'empêche qu'elle intervienne seulement plus tard. Mais il est nécessaire, quand il en est ainsi, qu'au moment de la convention les parties fussent d'ores et déjà d'accord sur les stipulations à insérer dans la contre-lettre. En d'autres termes, — pour reproduire les deux expressions que Demolombe oppose l'une à l'autre d'une façon très heureuse, — s'il n'est pas besoin qu'entre la convention contenue dans l'acte apparent et celle dont il s'agit dans l'acte secret, il y ait *simultanéité matérielle*, du moins faut-il qu'il y ait, entre ces conventions, *simultanéité intellectuelle* [4].

2398. A proprement parler, les déclarations ou reconnais-

[1] Bonnier, *op. cit.*, n. 513; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 265; Demolombe, XXIX, n. 319; Laurent, XIX, n. 191. — Civ. cass., 20 avril 1863, S., 63. 1. 230, D. P., 63. 1. 185. — Toulouse, 28 mai 1874, S., 74. 2. 153, D. P., 75. 2. 63.

[2] Duranton, XIII, n. 106-107; Poujol, *op. cit.*, III, p. 74, n. 10; Larombière, V, p. 568 (art. 1321, n. 12); Demolombe, XXIX, n. 320.

[3] Bonnier, *op. cit.*, n. 513; Duranton, XIII, n. 99; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 265, texte et note 9; Larombière, V, p. 561 (art. 1321, n. 3); Huc, VIII, n. 232. — Trib. civ. Château-Gontier, 31 janv. 1905, *Gaz. Pal.*, 1905. 2. 185. — V. cependant Laurent, XIX, n. 182.

[4] Bonnier, *op. cit.*, n. 513 *in fine*; de Charencey, *op. cit.*, n. 20; Colmet de Santerre, V, n. 283 *bis*-I; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 264; Demolombe, XXIX, n. 322.

sances purement verbales par lesquelles les parties modifient ou détruisent un acte antérieur et ostensible, ne sont pas des contre-lettres. Cette qualification, supposant un écrit, ne saurait leur convenir. Mais de pareilles déclarations ou reconnaissances doivent être assimilées aux contre-lettres. Ainsi, tandis qu'elles auront effet entre les parties contractantes, elles ne seront pas opposables aux tiers. On peut même invoquer en ce sens un argument *a fortiori*, car leur caractère de clandestinité est encore plus marqué que celui des contre-lettres, puisqu'elles ne sont constatées par aucun écrit (1).

2399. L'analyse qui précède nous conduit à cette définition : La contre-lettre proprement dite, celle que vise l'art. 1321, est tout écrit authentique ou sous seing privé, destiné le plus souvent à rester secret entre les parties et par lequel elles déclarent qu'une convention qui est consignée dans un autre acte passé entre elles d'une manière ostensible, est purement fictive ou a eu lieu sous certaines clauses qui ne s'y trouvent pas énoncées (2).

C. *Effets des contre-lettres.*

N° 1. *Elles ont effet entre les parties contractantes.*

2400. Les contre-lettres ont effet entre les parties contractantes. Elles contiennent leurs véritables conventions; or, dans les relations mutuelles des parties, les conventions véritables doivent l'emporter sur celles qui sont simulées, parce qu'il n'y a alors aucune raison pour faire prévaloir la fiction sur la réalité. En d'autres termes, on doit, à ce premier point de vue, appliquer aux contre-lettres la disposition de l'art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

La contre-lettre souscrite par un mandataire lie, bien entendu, le mandant, puisqu'il a été représenté à l'acte secret (3).

(1) Larombière, V, p. 564 (art. 1351, n. 8). — Cpr. de Charencey, *op. cit.*, n. 20; Demolombe, XXIX, n. 323.

(2) Cpr. Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 263; Demolombe, XXIX, n. 305; Laurent, XIX, n. 182.

(3) Laurent, XIX, n. 188 *in fine*. — Bordeaux, 25 juillet 1825. D., *Répert. alph.*, v° *Mandat*, n. 402-4°.

Du principe que nous venons de poser il résulte, par exemple, qu'une contre-lettre souscrite par un tuteur, en cette qualité, pour le mineur, son pupille, est opposable à celui-ci, devenu majeur; le mineur, à l'égard de son tuteur, qui est son mandataire légal, n'est pas un tiers dans le sens de l'art. 1321. Il est réputé avoir figuré dans la convention secrète, y avoir stipulé lui-même [1].

2401. Mais, pour que la contre-lettre ait son effet entre les parties, il faut que la convention qu'elle renferme réunisse toutes les conditions requises d'après le droit commun pour l'existence et la validité des conventions en général [2].

C'est ainsi que la jurisprudence déclare nulle, même entre les parties, la contre-lettre constatant une convention illicite. Nous trouvons une importante application de ce principe dans un arrêt de la chambre des requêtes, du 14 juin 1869 : « Attendu que l'adoption, une fois accomplie dans les conditions de la loi et sanctionnée par l'autorité publique, ne saurait être révoquée par le consentement des parties; que toute contre-lettre ou convention secrète par laquelle l'adoptant aurait stipulé la faculté de révoquer l'adoption, est illicite et radicalement nulle, et ne peut porter atteinte au caractère irrévocable du contrat d'adoption » [3].

2402. Tel est aussi le cas, dans les cessions d'offices ministériels, pour les traités secrets qui modifient les traités ostensibles, notamment en élevant le prix de cession.

Cependant, jusqu'en 1841, la jurisprudence a décidé que, dans cette hypothèse, les contre-lettres produisaient leur effet entre les parties [4]. Mais, par deux arrêts du 7 juillet 1841, la chambre des requêtes s'est prononcée pour la nullité absolue de ces conventions [5], et, depuis lors, de très nom-

(1) Req., 29 nov. 1830, S., 31. 1. 27, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4278-2°. — *Sic* de Plasman, *op. cit.*, § 6.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 266; Demolombe, XXIX, n. 327.

(3) S., 69. 1. 371, D. P., 73. 1. 158. — V. dans le même sens, Demolombe, XXIX, n. 329, et, sur le principe, Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 266, al. 3.

(4) Grenoble, 16 déc. 1837, S., 38. 2. 489, D., *Répert. alph.*, v° *Offices*, n. 214. — Toulouse, 22 fév. 1840, S., 40. 2. 126, D., *ibid.*

(5) Affaire Legrip c. Moreau, S., 41. 1. 572, D., *op.* et v° *cit.*, n. 264-1°. — Affaire Poisson c. Mure, S., 41. 1. 693, D., *ibid.*

breuses décisions judiciaires ont été rendues dans le même sens (1). Aujourd'hui, on peut considérer la question comme définitivement résolue. L'approbation du gouvernement est indispensable pour la validité et même pour l'existence du traité préparé par les parties. Il s'ensuit que toute clause qui ne figure pas dans l'acte ostensible est nulle comme n'ayant pas reçu cette approbation, et que cette nullité est d'ordre public (2).

Et, bien entendu, dans les cessions d'offices ministériels, la contre-lettre est nulle, non seulement quand elle augmente le prix, mais aussi toutes les fois qu'elle contient des stipulations accessoires qui modifient les conditions de la cession sous un rapport quelconque. Il y a, en effet, toujours même motif de décider, puisque l'approbation du gouvernement fait défaut quant à ces stipulations. On doit, par exemple, déclarer absolument nul, comme contraire à l'ordre public, le traité secret par lequel le cessionnaire s'engage à fournir au cédant un supplément de garanties pour le paiement du prix au cas où celles qui sont mentionnées dans l'acte ostensible seraient reconnues insuffisantes (3). Il faut aussi considérer comme frappée de nullité radicale la contre-lettre par laquelle le notaire cédant s'engage à ne pas instrumenter

(1) Civ. cass., 13 juillet 1885, D. P., 86. 1. 263; 22 mai 1889, S., 89. 1. 452, D. P., 89. 1. 471; 18 mars 1895, S., 96. 1. 11, D. P., 95. 1. 346. — V. pour les décisions antérieures, Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 1321, n. 83-84; Dalloz, *C. cir. ann.*, art. 91 de la loi du 28 avril 1816 (*Appendice* à l'art. 1598), n. 425. — V. aussi Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint, *Répert. du droit franç.*, v° *Office ministériel*, n. 363 et 428, D., *Répert. alph.*, v° *Office*, n. 216-218, et *Suppl. au Répert. alph.*, *eod.* v°, n. 46-47.

(2) Rolland de Villargues, *Répert. du not.*, v° *Office*, n. 240-244; Clerc, *Tr. du notar.*, I, n. 1368 s.; Duvergier, *Rev. étr. et franç. de législ.*, 1840, p. 321; Perriquet, *Tr. th. et prat. de la propr. et trans. des offices minist.*, n. 295 s.; Greffier, *Des cess. et suppres. d'offices*, 4e édit., n. 123; G. Le Poittevin, *Tr. prat. des cess., créat., translat. et suppress. d'office*, n. 63; Morin, *Discipl. des cours et trib.*, II, n. 496; Amiaud, *Man. prat. de la transm. des off. de not.*, 2e édit., n. 54, et *Tr. formul. alph. et raisonné du notariat*, III, v° *Offices*, n. 54; Durand (E.), *Des offices considérés au point de vue des transactions privées et des intérêts de l'Etat*, n. 225 s.; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 322, 5e édit., p. 551; Demolombe, XXIX, n. 328; Huc, VIII, n. 232, al. 4; Planiol, II, 1re édit., n. 1247, al. 1 et 2, 2e et 3e édit., n. 1192, al. 1 et 2; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, n. 101, p. 73 *in fine*. — V. aussi notre tome I, n. 310-6e, et notre tome II, n. 1662.

(3) Poitiers, 12 déc. 1882, D. P., 83. 2. 101.

dans le canton où son étude est située, s'il vient à être nommé au chef-lieu de l'arrondissement. Et même cette contre-lettre est nulle, non seulement à raison de son caractère de traité secret, mais aussi parce qu'elle viole la prescription de l'art. 3 de la loi du 25 ventôse an XI, aux termes de laquelle les notaires sont tenus de prêter leur ministère lorsqu'ils en sont requis (1).

2403. Les officiers de terre et de mer qui voulaient contracter mariage étaient obligés, il y a quelques années encore, aux termes d'une circulaire ministérielle du 17 décembre 1843, de justifier que la personne qu'ils recherchaient leur apportait en dot un revenu, non viager, de 1.200 francs au moins (2). Or, très souvent, en pratique, un tiers prêtait à la future des valeurs qui lui permettaient de simuler cet apport, et il stipulait dans une contre-lettre que ces valeurs lui seraient restituées après la célébration du mariage. Selon plusieurs auteurs, cette contre-lettre devait être considérée comme frappée de nullité absolue. C'était, faisaient-ils observer, le seul moyen d'empêcher les fraudes dont nous parlons, car l'administration n'avait à sa disposition aucun procédé pour s'assurer de la sincérité du contrat de mariage qui lui était présenté. Telle est aussi la solution que la cour de Limoges a consacrée par un arrêt du 13 juillet 1878 (3) : « Attendu, dit-elle,.... qu'un acte ultérieur, réduisant le chiffre stipulé au contrat, est un acte frauduleux, subreptice et contraire à l'ordre public; que sa nullité est absolue et opposable par les époux eux-mêmes, conformément aux art. 1131 et 1133 C. civ. ». On pouvait objecter, comme le faisait M. Planiol, que la loi civile ne prononçait pas la nullité et qu'il n'était pas permis de déduire celle-ci de simples règlements administratifs (4). Mais aujourd'hui la question ne se pose plus, car l'ancien texte a été abrogé par une circulaire du 1er octobre 1900 (5).

(1) Civ. cass., 17 mars 1884, D. P., 85. 1. 152.
(2) V. Dalloz, *Répert. alph.*, v° *Organisation militaire*, n. 509.
(3) D. P., 79. 2. 181.
(4) Planiol, II, 1re édit., n. 1247-2°.
(5) *Journ. off.* du 4 oct. 1900, *partie officielle*, p. 6543.

2404. A notre avis, la contre-lettre est valable entre les contractants dans l'hypothèse où, en vue de se soustraire au paiement d'une partie des droits fiscaux, ils abaissent fictivement, dans un acte ostensible de vente ou de bail, le prix réellement stipulé et qui est constaté dans un acte secret. L'art. 40 de la loi du 22 frimaire an VII, qui annulait dans ce cas la contre-lettre, a été abrogé par l'art. 1321.

On a contesté l'exactitude de cette proposition. La loi de frimaire, a-t-on dit, est relative à l'enregistrement des actes. Donc la disposition de son art. 40 est encore en vigueur, car une loi spéciale ne saurait être abrogée par une loi générale.

On peut répondre d'abord qu'en réalité la disposition de l'art. 40, puisqu'elle prononçait la nullité de conventions, n'appartenait pas au droit fiscal, mais bien au droit commun. Rien ne s'opposait donc à ce que l'art. 1321 l'abrogeât virtuellement. Il résulte, d'ailleurs, de la discussion au conseil d'Etat du projet du Code qu'il en a été ainsi. On lit dans le procès-verbal de la séance du 2 frimaire an XII : « M. Duchâtel (directeur de l'Enregistrement) demande qu'on proscrive d'une manière absolue l'usage des contre-lettres qui tendent à déguiser les conventions. Il en résulte des fraudes, souvent contre les particuliers et toujours contre le Trésor public. — M. Berlier dit que la proposition de M. Duchâtel lui paraît, dans sa généralité, propre à produire un mal plus grand que celui qu'on a voulu éviter... A la vérité, les contre-lettres ont souvent lieu pour éluder ou affaiblir les droits dus au Trésor public ; mais c'est par des amendes et non par la peine de la nullité que cette espèce de fraude doit être atteinte et punie : dans aucun cas, le législateur ne peut mettre sa volonté à la place de celle des parties, pour augmenter ou diminuer les obligations respectives qu'elles se sont imposées. — Le consul Cambacérès dit qu'il existe déjà une disposition législative contre l'usage des contre-lettres; mais elle ne lui semble pas juste. Ces actes doivent avoir tout leur effet entre les parties; il suffit, pour en prévenir l'abus, de les soumettre au droit d'enregistrement lorsqu'ils sont produits. — M. Tronchet dit qu'il faut, en effet, distinguer. Une contre-lettre doit être valable entre les parties et nulle contre

les tiers : or la régie de l'enregistrement est un tiers par rapport à l'acte » (1). A la suite de cette discussion, la section de législation rédigea l'art. 1321, qui ne figurait pas dans le projet. Cela suppose bien que ce texte abroge l'art. 40 de la loi de frimaire an VII (2).

Au surplus, l'opinion contraire a été législativement condamnée lors de la discussion de la loi du 23 août 1871. L'administration de l'enregistrement demandait le retour au système de la loi de frimaire; mais l'assemblée nationale s'est bornée à établir une amende pour le cas de dissimulation d'un prix de vente ou d'une soulte d'échange ou de partage (3).

2405. La règle que les contre-lettres ont effet entre les parties s'applique aussi bien dans les matières commerciales que dans les matières civiles (4). Ainsi les contre-lettres qui modifient les traités de sociétés de commerce sont obligatoires entre les parties, alors même que ces traités ont reçu la publicité prescrite par l'art. 42 C. com. et par les art. 56 et 61 de la loi du 24 juillet 1867. Tel est, par exemple, le cas lorsqu'il est déclaré dans une contre-lettre qu'une personne ne figure que nominalement dans la société et qu'en réalité celle-ci a été formée seulement avec un autre individu (5).

(1) Fenet, XIII, p. 112-113; Locré, XII, p. 214-215, n. 7.

(2) *Sic* Toullier, VIII, n. 186-187; Duranton, XIII, n. 103; Bonnier, *op. cit.*, n. 520; Poujol, *op. cit.*, III, p. 72-74, n. 6; Chardon, *Du dol et de la fraude*, II, n. 51; Solon, *Des nullités*, I, n. 176; Marcadé, V, sur l'art. 1321, V; Mourlon, II, n. 1541 *in fine*; Colmet de Santerre, V, n. 283 *bis*-IX; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 266, texte et note 15; Larombière, V, p. 562-564 (art. 1321, n. 7); Demolombe, XXIX, n. 330-332; Laurent, XIX, n. 184; Arntz, III, n. 314; Huc, VIII, n. 232, p. 287; Planiol, II, 1re édit., n. 1247, p. 375 *in fine* et p. 376, 2e édit., n. 1192, p. 370 *in fine* et p. 371, 3e édit., n. 1192, p. 399 *in fine*. — Civ. rej., 10 janv. 1819, S. chr., VI. 1. 4, D., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 3187. — Dijon, 9 juill. 1828, joint à Req., 15 déc. 1832, S., 33. 1. 687, D., *op. cit.*, vo *Oblig.*, n. 3187, et vo *Minorité*, n. 809-3o. — Aix, 21 fév. 1832, S., 32. 2. 263, D., *op. cit.*, vo *Oblig.*, n. 3187. — *Contra* Merlin, *Quest.*, vo *Contre-lettre*, § 3; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, vo *Contre-lettre*, n. 12; de Plasman, *op. cit.*, § 13; Zachariæ, § 751, texte et note 28. — Bruxelles, 25 mars 1812, S. chr., IV. 1. 72, D., *op.* et vo *cit.*, n. 3183 et 3188-4o. — Metz, 17 fév. 1819, S. chr., VI. 1. 25, col. 2 *in fine*, D., *op. cit.*, vo *Oblig.*, n. 3188-4o.

(3) Planiol, *loc. cit.*

(4) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 267; Larombière, V, p. 564 (art. 1321, n. 7 *in fine*); Demolombe, XXIX, n. 326; Huc, VIII, n. 235 *in fine*, p. 291.

(5) Civ. rej., 20 déc. 1852, S., 53. 1. 27, D. P., 53. 1. 96, et *Rép. alph.*, vo *Société*, n. 813.

N° 2. *Les contre-lettres ont-elles effet à l'égard des tiers?*

a. Elles n'ont pas d'effet contre eux.

2406. Les contre-lettres n'ont pas d'effet contre les tiers : en d'autres termes, la convention constatée par l'acte ostensible doit être exécutée à leur égard, sans tenir compte des modifications apportées par la contre-lettre. Ici la convention simulée a plus d'effet que la convention véritable, et nous savons déjà qu'il en est ainsi alors même que la contre-lettre a été faite dans la forme notariée ou qu'elle a reçu date certaine, conformément à l'art. 1328 (1).

Mais que faut-il entendre par *tiers* en matière de contre-lettres? Il est bien certain d'abord que l'art. 1321 n'a pas voulu parler des tiers *penitus extranei.* Car il n'était pas besoin d'une disposition spéciale pour les soustraire aux conséquences préjudiciables d'une contre-lettre, puisque l'acte apparent lui-même ne leur est pas opposable; ils sont complètement garantis par le principe tutélaire : *Res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest.* Tout au contraire, le législateur n'a pu vouloir protéger que ceux qui ont eu des relations juridiques avec l'une ou l'autre des parties et qui ne sont pas couverts par la disposition de l'art. 1165 (2). Ces personnes, qui ne connaissaient que l'acte ostensible, ont dû, en traitant, compter sur la position qu'il faisait aux signataires. Leur attente serait trompée sans faute de leur part et leurs intérêts lésés, s'il était permis, en révélant l'existence d'un acte jusque-là demeuré secret, de détruire ou simplement de modifier cette situation. Par conséquent, les tiers de l'art. 1321 sont tous ceux qui, n'ayant pas figuré dans la contre-lettre, ont intérêt à invoquer les dispositions de l'acte ostensible et simulé, pour sauvegarder les droits qu'ils tiennent des parties contractantes (3).

2407. Cette formule comprend d'abord les ayants cause à

(1) V. *supra*, n. 2393-2394.

(2) V. notamment Demolombe, XXIX, n. 334.

(3) Trib. comm. Saint-Etienne, 12 oct. 1905, *Mon. jud. Lyon,* 24 oct. 1905, *Gaz. Trib.*, 24 nov. 1905. — Lyon, 14 fév. 1906, *Loi,* 10 déc. 1906. — Cf. Lyon, 31 oct. 1906, *Mon. jud. Lyon,* 30 nov. 1906.

titre particulier des parties. Ils peuvent donc se prévaloir de l'art. 1321 comme de l'art. 1328. Nous n'avons pas ici à insister sur la définition de l'expression *ayant cause à titre particulier*. Nous l'avons déjà fait quand nous avons étudié la théorie de la date certaine [1]. Disons simplement que cette expression s'applique à tous les acquéreurs de droits réels qui ont traité avec les parties postérieurement à la passation de l'acte simulé, y compris les créanciers hypothécaires.

2408. Toutefois, relativement à certains ayants cause à titre particulier, la théorie des contre-lettres, comme celle de la date certaine, subit l'influence du principe de la transcription et de la règle *En fait de meubles la possession vaut titre*.

D'abord, la transcription de l'acte ostensible suffit pour priver les contre-lettres de tout effet contre les acquéreurs d'immeubles ou de droits réels sur des immeubles, ainsi que contre les créanciers hypothécaires ou privilégiés qui se seraient conformés aux prescriptions de la loi pour la conservation de leurs droits. Un acte ostensible porte que *Primus* a vendu sa maison à *Secundus;* mais les parties déclarent dans un acte secret que cette vente n'est pas sérieuse et qu'en réalité *Primus* reste toujours propriétaire. Pour obtenir toutes les apparences d'une transmission de propriété, elles ont fait transcrire l'acte de vente, et, à l'inverse, pour ne pas détruire ces apparences, elles n'ont pas soumis la contre-lettre à une transcription qui eût dénoncé la simulation de l'acte ostensible. Dans cette situation, *Secundus*, acheteur apparent, a pu vendre l'immeuble à *Tertius*, ou l'hypothéquer à son profit, ou le grever de servitudes. Si *Primus* oppose la contre-lettre à *Tertius* pour faire tomber ses droits et que celui-ci ait rempli les formalités prescrites par la loi pour leur conservation, il n'aura pas besoin, pour se défendre, d'invoquer la disposition de l'art. 1321, d'après lequel la contre-lettre ne saurait avoir d'effet contre les tiers; il lui suffira d'établir que l'acte qu'on lui oppose, quel que soit son caractère, n'a pas été transcrit [2].

[1] V. *supra*, n. 2352 *in fine*.

[2] Colmet de Santerre, V, n. 283 *bis*-IV; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 267, note 17; Demolombe, XXIX, n. 339; Huc, VIII, n. 235, al. 2, 3 et 4; Tissier, *Note*

De même, en matière de meubles corporels, la mise en possession de l'acquéreur ou du concessionnaire du droit réel rend inutile le secours de l'art. **1321** (1).

Enfin, si le contrat simulé est une cession de créance et que cette cession ait été signifiée ou acceptée conformément à l'art. **1690**, les tiers, pour écarter la contre-lettre, n'auront qu'à se prévaloir de l'accomplissement de cette formalité ; ils n'auront pas besoin d'invoquer l'art. **1321** (2).

2409. La formule précitée comprend en outre les créanciers simplement chirographaires des parties, qui sont des ayants cause à titre universel. Ainsi *Primus* a vendu un immeuble à *Secundus,* et celui-ci reconnaît par une contre-lettre que la vente est purement fictive ; ou bien la vente a été faite pour un prix apparent de **60.000** fr., et un acte secret relève le prix à la somme de **100.000** fr. ; ou enfin l'acte ostensible porte quittance du prix, et une contre-lettre constate qu'il est encore dû. Les créanciers chirographaires de *Secundus* seront fondés à repousser, en ce qui les concerne, les stipulations ou déclarations contenues dans ces contre-lettres. Sans doute les créanciers chirographaires, ayants cause à titre universel de leur débiteur, n'ont pas plus de droits que lui-même et sont obligés de subir sur son patrimoine, qui est leur gage, l'effet de tous ses actes, au moins quand ils sont accomplis de bonne foi. Mais le but du législateur, dans l'art. **1321**, a été de prévenir le préjudice qui peut résulter pour le public en général de l'application d'une contre-lettre ignorée, et, par conséquent, sa disposition protège, non seulement les personnes contre lesquelles cet acte est dirigé dans une pensée de fraude, mais encore tous ceux dont elle se trouve léser les intérêts appréciés au point de vue de la situation apparente de leur auteur. Or les créanciers chirographaires comptent sur la fortune de leur débiteur, telle qu'elle est constatée par les

dans S., 98. 1. 227, col. 3; de Loynes, *Note* dans D. P., 97. 1. 506, col. 1. — V. aussi Laurent, XIX, n. 186, p. 199. — Toutefois, d'après nous, comme on le verra, la transcription de la contre-lettre n'empêcherait pas que l'art. 1321 fût applicable. V. *infra,* n. 3000.

(1) Huc, VIII, n. 235; de Loynes, note précitée, p. 505, col. 2, I.

(2) De Loynes, note précitée, p. 505, col. 2 *in fine.*

actes ostensibles; ils seraient trompés, tout aussi bien que les ayants cause à titre particulier, si l'on pouvait leur opposer des écrits secrets qui la diminuent (1).

On a cru cependant qu'il fallait distinguer suivant que les créanciers chirographaires font valoir leurs droits propres ou qu'ils exercent les droits de leur débiteur, en vertu de l'art. 1166. Dans le premier cas, il est incontestable qu'ils sont des tiers. Mais, dans le second, ne pouvant pas avoir plus de droits que leur débiteur, ils seraient des ayants cause de celui-ci, et, en conséquence, la contre-lettre leur serait opposable (2).

Pour écarter cette distinction, il suffit de faire observer que, précisément, l'art. 1321 a été écrit pour que les droits du débiteur fussent, à l'égard des tiers, fixés par l'acte ostensible, et non par la contre-lettre. Donc, par rapport aux créanciers chirographaires, le débiteur est censé avoir tous les droits qui résultent pour lui de l'acte apparent, et, par conséquent, lesdits créanciers peuvent faire valoir ces droits au nom du débiteur (3).

On voit que les créanciers chirographaires sont plus largement admis à se prévaloir de l'art. 1321 que de l'art. 1328.

(1) Duranton, XIII, n. 105, dern. al.; Bonnier, *op. cit.*, n. 517; Colmet de Santerre, V, n. 283 *bis*-VII; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 268, texte et note 19; Larombière, V, p. 564 (art. 1321, n. 9); Demolombe, XXIX, n. 345; Laurent, XIX, n. 190; Huc, VIII, n. 233; Planiol, II, 1re édit., n. 1251, 2e et 3e édit., n. 1195, dern. al. — Civ. cass., 23 février 1835, S., 35. 1. 361, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3204-1°. — Lyon, 21 juin 1837, S., 37. 2. 444. — Civ. cass., 16 déc. 1840, S., 41. 1. 167, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3972. — Req., 18 août 1874, S., 75. 1. 255, D. P., 75. 1. 123. — Civ. cass., 29 juin 1881, S., 83. 1. 218, D. P., 82. 1. 106-107. — Req., 3 janv. 1883, S., 83. 1. 69, D. P., 83. 1. 416. — Civ. cass., 8 mars 1893, S., 93. 1. 193, D. P., 93. 1. 243. — Req., 15 juillet 1896, S., 1900. 1. 483 (note de Labbé en sens conforme), D. P., 97. 1. 460; 15 février 1897, D. P., 97. 1. 247. — Trib. com. Saint-Etienne, 12 oct. 1905, *Mon. jud. Lyon*, 24 oct. 1905, *Gaz. Trib.*, 24 nov. 1905. — Lyon, 14 fév. 1906, *Loi*, 10 déc. 1906. — V. cep. de Charencey, *op. cit.*, n. 35, 37.

(2) Bonnier, *op. cit.*, édit. Larnaude, p. 453, note 1. — Req., 23 mai 1870, S., 71. 1. 151, D. P., 71. 1. 109. — V. aussi Grenoble, 30 nov. 1829, S. chr., IX. 1. 352, D. P., 30. 2. 100. — Caen, 17 mai 1873, S., 74. 2. 46 (V. surtout p. 48. col. 1 *in fine*). — Grenoble, 19 janv. 1897, D. P., 99. 2. 17.

(3) Laurent, XIX, n. 190; Huc, VIII, n. 233, p. 288. — V. aussi Colmet de Santerre et Aubry et Rau, *loc. cit.* — Paris, 29 avril 1837, S., 37. 2. 245. D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3204.

Nous savons, en effet, qu'ils ne peuvent pas opposer le défaut de date certaine lorsqu'ils agissent en vertu de l'art. 1166 (1).

Au cas de faillite ou de liquidation judiciaire, la jurisprudence applique avec raison ces principes aux créanciers du failli ou du liquidé, représentés par le syndic ou par le liquidateur (2).

Les créanciers chirographaires, on l'a vu, ne peuvent pas opposer le défaut de transcription d'un titre translatif de propriété immobilière ou d'autre droit réel sur un immeuble (3). L'art. 1321 conserve donc, en ce qui les regarde, toute son importance, même depuis la loi du 23 mars 1855. Prenons un exemple : la vente d'immeuble consignée dans l'acte ostensible a été transcrite. Mais il n'en a pas été de même de la contre-lettre qui déclare le caractère fictif de cette vente. Les créanciers chirographaires du prétendu acheteur ne sont pas admis à se prévaloir de cette omission. Leur seule ressource est d'invoquer la disposition de l'art. 1321 (4).

2410. Il faut s'arrêter là cependant et s'abstenir de ranger parmi les tiers les héritiers légitimes des parties, leurs successeurs irréguliers, leurs légataires ou donataires universels ou à titre universel. Successeurs à la personne de leur auteur, ils sont censés avoir accompli eux-mêmes, au point de vue de ses conséquences pécuniaires, tout acte qui émane de lui, et, par conséquent, on doit les considérer comme ayant figuré dans la contre-lettre, quoiqu'ils ne l'aient pas signée (5).

2411. Telles sont les personnes auxquelles les contre-

(1) V. *supra*, n. 2358.

(2) Req., 3 janv. 1883, Civ. cass., 8 mars 1893, Req., 15 juill. 1896 et 15 fév. 1897, précités. — Paris, 17 mars 1892, D. P., 93. 2. 500. — Trib. com. Saint-Etienne, 19 fév. 1903, *Loi*, 6 mars 1903. — V. dans le même sens Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 268; Demolombe, XXIX, n. 346. — Cpr. Req., 10 mars 1847, S., 47. 1. 616, D. P., 47. 1. 132.

(3) V. notre tome I, n. 403.

(4) Colmet de Santerre, V, n. 283 *bis*-VIII; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 267, n. 17 *in fine:* Demolombe, XXIX, n. 340; Huc, VIII, n. 235, p. 291.

(5) V. Duranton, XIII, n. 100; Marcadé, V, sur l'art. 1321, II, al. 3; Mourlon, II, n. 1540, al. 5; Bonnier, *op. cit.*, n. 516 *in fine;* Colmet de Santerre, V, n. 283 *bis*-VI; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 267; Demolombe, XXIX, n. 333; Laurent, XIX, n. 188; Arntz, III, n. 313; Thiry, III, n. 123, p. 149; Huc, VIII, n. 233, p. 287; Planiol, II, 1re édit., n. 1250, 2e et 3e édit., n. 1195.

lettres ne sont pas opposables. Mais l'immunité dont elles jouissent est subordonnée à une condition qui résulte, sinon du texte, du moins de l'esprit de la loi. Il faut qu'elles aient pu être trompées par la simulation, et partant qu'elles aient ignoré l'existence et la teneur de la contre-lettre. Elles seraient donc obligées d'en subir l'application si l'on prouvait qu'elles en ont eu connaissance (1).

2412. Supposons la transcription d'une contre-lettre déclarant fictif un acte ostensible d'où semble résulter la transmission d'une propriété immobilière ou la constitution d'un droit réel immobilier. Cette mesure aura-t-elle de l'influence au regard des tiers? Leur fera-t-elle perdre le droit de repousser la contre-lettre?

La cour de cassation a été appelée, il y a quelques années, à résoudre la question. Voici l'espèce : par acte passé devant notaire, un usufruit immobilier avait été vendu sous condition suspensive; mais, le même jour, les parties avaient fait une contre-lettre portant qu'en réalité la vente était pure et simple, qu'elle était définitive. La condition stipulée dans l'acte ostensible ne s'étant pas réalisée, le même usufruit avait été vendu par la même personne à un autre acquéreur. L'acte constatant la simulation avait été transcrit postérieurement à cette seconde vente, mais antérieurement à la transcription de celle-ci. Les deux acquéreurs successifs se trouvaient en conflit, le second prétendant écarter la contre-lettre en vertu de l'art. 1321. La cour suprême se prononça contre lui : d'après elle, il fallait combiner l'art. 1321 avec la loi du 23 mars 1855. Sans doute, tant qu'elle n'avait pas été transcrite, la contre-lettre n'avait pu produire d'effet qu'entre les parties contractantes, mais, à partir de sa transcription, elle était devenue publique, et, par suite, opposable aux tiers. Dans ces conditions, le premier acquéreur ayant transcrit avant le second lui devait être préféré (2).

(1) De Charencey, *op. cit.*, n. 41; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 268; Larombière, V, p. 568 (art. 1321, n. 10); Demolombe, XXIX, n. 347; Laurent, XIX, n. 192; Huc, VIII, n. 232, p. 286 *in fine*. — Lyon, 21 juin 1837 (motifs), S., 37. 2. 444. D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 3204.

(2) Civ. rej., 18 mai 1897 (note de M. Tissier en sens contraire), D. P., 97. 2. 225 (note de M. de Loynes en sens conforme).

Ce raisonnement n'est point irréfutable. Le titre du premier acquéreur, pour avoir été transcrit, n'en demeurait pas moins une contre-lettre. Or, c'est seulement aux titres réguliers que l'antériorité de la transcription donne effet contre les tiers. Aubry et Rau posent avec raison ce principe : « La transcription, simplement destinée à assurer la publicité de certains actes ou jugements, n'efface pas les vices dont ils seraient entachés. On peut donc attaquer un contrat qui a été transcrit par les mêmes moyens que s'il ne l'avait pas été » (1). Ainsi la transcription est inopérante en ce qui regarde les contre-lettres, qui sont des actes viciés par la fraude. Le tiers, par conséquent, peut, alors même que la contre-lettre a été transcrite, la repousser, s'il n'en a pas eu connaissance en fait. Ce n'est pas, en effet, du défaut de transcription qu'il se plaint, mais de la dissimulation dont il a été victime, puisqu'elle l'a conduit à traiter sur la foi d'un titre apparent. On objecte qu'une fois transcrit l'acte dont nous parlons avait perdu le caractère de contre-lettre ; qu'en effet, le tiers, pour la connaître, n'avait qu'à consulter les registres des transcriptions. Notre distingué collègue, M. Tissier, a répondu de la façon la plus judicieuse. D'abord, fallût-il assimiler la transcription à la connaissance effective de la contre-lettre, l'objection ne porterait que si la transcription avait eu lieu antérieurement à la vente consentie au tiers qui invoque la disposition de l'art. 1321. Sans quoi ce tiers ne saurait être considéré comme ayant connu la contre-lettre au moment où il a traité. Mais, au surplus, la transcription est impuissante à effacer la fraude commise par les parties. Elle a été instituée pour rendre opposables à un tiers acquéreur des droits antérieurement conférés sur la chose qu'il a entendu acquérir, et non pas pour faire valoir les contre-lettres à son égard. Donc, s'il est vrai que le tiers est négligent quand il s'abstient de consulter les registres du conservateur des hypothèques, il ne l'est pas, du moins, au point de vue de l'art. 1321. Pour que la contre-lettre ait effet contre le tiers, il ne suffit pas qu'il puisse la connaître ; il

(1) Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 64, 5e édit., p. 90.

faut qu'il l'ait réellement connue. Il est vrai qu'on a pensé pouvoir justifier l'emploi de la transcription en ce qui regarde la contre-lettre : « La transcription... a rendu opposable aux tiers la transmission apparente de la propriété résultant de l'acte ostensible, dit M. de Loynes. Il faut l'anéantir au regard des tiers qui ont le droit d'en invoquer le bénéfice. Comment y parvenir, sinon par la transcription de la contre-lettre ? Il y a eu une transmission apparente, qui, à l'égard des tiers, produit les effets d'une transmission réelle. Pour remettre les choses en leur état véritable, pour restituer ou conférer au bénéficiaire de la contre-lettre les droits qui lui appartiennent, il faut une transmission nouvelle, *fictive* comme la première. Cette transmission qui s'opère *inter partes* par la contre-lettre, ne peut devenir opposable aux tiers que par la transcription » (1). A ce raisonnement, nous semble-t-il, on peut répondre d'un mot : le législateur, sans doute, admet l'existence d'une transmission *fictive* résultant de l'acte ostensible. Mais l'interprète n'a point le droit d'en induire la possibilité d'une transmission *fictive* résultant de la contre-lettre. Le législateur seul peut créer des fictions. Or, aucun texte de loi n'établit celle dont il s'agit. A coup sûr, l'art. 1321 n'autorise pas l'interprétation que nous combattons; il la condamne même, puisqu'il dit que les contre-lettres n'ont point d'effet contre *les tiers*. Si l'on admet ici l'existence d'une rétrocession fictive, on arrive, au mépris de cette disposition, à donner à la contre-lettre effet contre les tiers. La vérité, c'est que la contre-lettre ne contient pas une translation de propriété, mais bien une déclaration de propriété; or, les actes déclaratifs de propriété ne sont pas soumis à la transcription (2). Cette circonstance que la contre-lettre a été transcrite est donc sans influence (3).

(1) De Loynes, note sous l'arrêt précité, D. P., 97. 1. 507, col. 1 *in medio*. — V. aussi dans le même sens Flandin, *De la transcript.*, n. 167; Verdier, *De la transcript.*, I, n. 159.

(2) V. notre tome I, n. 387.

(3) Tissier, note sous l'arrêt précité, S., 98. 1. p. 225, col. 3, et p. 226, col. 1 et 2. — V. aussi dans le même sens Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 267, note 17; Berger, *De la transcription*, n. 56 s.

2413. Que faut-il décider, si, tout en maintenant pour le reste la précédente hypothèse, nous supposons que l'art. 1321 est invoqué, non plus par un tiers acquéreur, mais bien par un créancier chirographaire du vendeur. La transcription de la contre-lettre fait-elle obstacle à ce que la prétention de ce créancier puisse être accueillie? On l'a prétendu : « Cette solution est logique, dit M. de Loynes; si la transcription de la contre-lettre la rend opposable à des ayants cause à titre particulier qui sont normalement des tiers, à plus forte raison doit-il en être de même à l'égard des créanciers chirographaires, qui ne sont en général que les ayants cause universels de leur débiteur et n'appartiennent pas en principe à la catégorie des tiers. Ajoutons que la transcription leur fournit le moyen de connaître la contre-lettre; ils sont en faute de ne pas avoir pris les renseignements nécessaires; il est juste qu'ils n'aient plus le droit d'invoquer l'art. 1321 » (1). Nous ne saurions souscrire à cette opinion. Serait-il incontestable que la transcription de la contre-lettre la rend opposable aux tiers qui sont des ayants cause à titre particulier, il ne s'ensuivrait point que cette transcription dût produire le même effet à l'égard des créanciers chirographaires. Ceux-ci, n'ayant pas le droit de se prévaloir du défaut de transcription (2), ne sont nullement en faute s'ils n'examinent pas les registres du conservateur des hypothèques. Cette circonstance que la contre-lettre a été transcrite ne saurait donc la leur rendre opposable. Qu'importe que dans d'autres matières les créanciers chirographaires ne soient pas considérés comme des tiers? Au point de vue de l'art. 1321, ils ont cette qualité. Cela doit nous suffire (3).

2414. Supposons maintenant une contre-lettre déclarant fictive une vente d'immeuble consignée dans un acte ostensible. Le vendeur apparent oppose la contre-lettre à un tiers qui a traité avec l'acheteur apparent. Que la contre-lettre ait été transcrite ou non, ce tiers est protégé par l'art. 1321 et n'est protégé que par cet article. La contre-lettre ne contient

(1) De Loynes, même note, D. P., 97. 1. 508, col, 2; Flandin et Verdier, *loc. cit.*
(2) V. notre tome I, n. 403.
(3) Tissier, note précitée, § 2, *a*, S., 98. 1. 226, col. 2 *in medio* et col. 3.

pas une rétrocession; elle déclare — ce qui est bien différent — que la vente passée entre les parties est simulée. Elle ne rentre donc pas dans les termes de la loi du 23 mars 1855 (1).

2415. Nous dirons quelques mots d'une hypothèse analogue à la précédente. L'acte ostensible contient une cession de créance dont la contre-lettre constate le caractère simulé. Cette cession a été signifiée ou acceptée conformément à l'art. 1690. Si la contre-lettre est l'objet des mêmes formalités, pourra-t-elle être opposée au tiers à qui le cessionnaire apparent aurait lui-même cédé sa créance? Pourra-t-elle être opposée aux créanciers chirographaires de ce cessionnaire? Ici encore nous répondrons négativement. Pas plus les formalités de l'art. 1690 que la transcription n'ont été établies pour rendre les contre-lettres efficaces à l'égard des tiers. Comme la transcription, elles supposent la transmission d'un droit; or, dans l'hypothèse, cette condition fait défaut. Ajoutons qu'il serait plus choquant encore d'étendre à notre matière la disposition de l'art. 1690 que de lui étendre les dispositions de la loi du 23 mars 1855. Le système de publicité admis par l'art. 1690 n'est suffisant qu'à l'égard du débiteur. De ce que la cession de créance a été signifiée à ce dernier ou acceptée par lui, il ne résulte point que les autres tiers en soient informés, ni même que les vraisemblances soient dans ce sens. Le législateur a supposé qu'avant d'acheter ou de prendre en gage la créance, qu'avant de former une saisie-arrêt entre les mains du débiteur, les autres tiers iront se renseigner auprès de celui-ci pour connaître le créancier actuel. C'est une supposition qui, très souvent, ne sera pas fondée : « A l'égard du débiteur cédé, dit fort bien Laurent, la publicité est complète, car il est averti directement par la signification du transport; et, s'il l'accepte, son acceptation implique qu'il a connaissance de la cession. La publicité est moindre à l'égard des autres tiers qui ont intérêt à connaître l'existence du transport; on pourrait même croire à première vue qu'à leur égard la cession reste clandestine. Mais la loi suppose que les tiers savent que la cession n'a

(1) Tissier, note précitée, § 2, *b*, S., 98. 1. 226, col. 3.

aucun effet contre le débiteur tant qu'elle n'a pas été signifiée à celui-ci; la plus simple prudence leur commande donc de s'adresser au débiteur, afin de s'enquérir si une signification lui était faite... *La publicité est certes imparfaite si on la compare à celle qui résulte d'une inscription sur les registres publics; et c'est parce qu'elle est imparfaite que la loi belge sur le régime hypothécaire a prescrit une publicité plus efficace,* en ordonnant que la cession des créances hypothécaires ou privilégiées ne pourrait être opposée aux tiers que lorsqu'elle a été inscrite sur le registre du conservateur des hypothèques (art. 5) » (1). Il s'agit donc ici d'un mode de publicité, non seulement exceptionnel, mais encore artificiel, arbitraire et inefficace. Il faut, par conséquent, lorsqu'on en détermine le champ d'application, se renfermer rigoureusement dans les termes de la loi. L'art. 1690 a été écrit pour le cas où il y a cession, transmission d'un droit; or, dans notre hypothèse, il y a simplement reconnaissance d'une simulation. Voilà qui est décisif (2).

2416. Les tiers qui, pour se soustraire aux effets d'une contre-lettre, invoquent la disposition de l'art. 1321 *in fine,* ne sont pas obligés d'établir que les parties ont rédigé cette contre-lettre par fraude ou dans une pensée de simulation. Ils ne sont pas davantage tenus de prouver qu'au moment où ils ont traité avec l'un des signataires, ils connaissaient l'acte que la contre-lettre a rapporté ou modifié (3).

Enfin il n'est pas nécessaire qu'ils établissent que la contre-lettre leur occasionnait, à l'origine, un préjudice; il suffit qu'au moment où on la leur oppose, ils aient intérêt à la repousser (4).

Quand les juges estiment qu'un écrit a le caractère de contre-lettre, ils ne sauraient lui donner effet contre les tiers que s'il est constaté dans leur décision que ces derniers, au

(1) Laurent, XXVI, n. 482, p. 473 *in fine* et p. 474. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente,* n. 767, p. 696.

(2) *Contra* de Loynes, note précitée, D. P., 97. 1. 506, col. 1 *in fine* et col. 2.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 268 *in fine* et p. 269; Larombière, V, p. 565 (art. 1321, n. 9). — Civ. cass., 16 déc. 1840, S., 41. 1. 167, D., *op.* et v° *cit.,* n. 3204-3°. — Caen, 17 mai 1873, S., 74. 2. 46.

(4) Civ. cass., 8 mars 1893, S., 93. 1. 193, D. P., 93. 1. 243.

moment où ils ont traité, connaissaient l'existence de cette contre-lettre et les stipulations ou déclarations qui s'y trouvent consignées [1].

Peu importe, d'ailleurs, que la contre-lettre ait été exécutée par les parties, si les créanciers qui la repoussent n'ont pas concouru à l'exécution [2].

b. Les tiers peuvent se prévaloir des contre-lettres.

2417. Les tiers peuvent invoquer les dispositions insérées dans une contre-lettre, quand ils y ont intérêt. C'est seulement *contre les tiers* qu'aux termes de l'art. 1321, les contre-lettres ne sauraient avoir d'effet. Ce texte est formel à cet égard. Ajoutons que l'esprit de la loi exige la même solution. En écrivant l'art. 1321, on a voulu protéger les tiers. Il ne serait pas juridique de rétorquer contre eux une disposition écrite en leur faveur [3].

Ainsi les tiers peuvent, comme exerçant les droits de l'une des parties en vertu de l'art. 1166, demander l'exécution de stipulations faites à son profit et constatées par la contre-lettre. Par exemple, les créanciers d'un vendeur, agissant du chef de celui-ci, sont admis à poursuivre l'acquéreur en paiement du supplément de prix que, dans un acte secret, ce dernier a promis de payer [4].

Les tiers peuvent aussi se prévaloir de la contre-lettre pour faire valoir un droit qui leur est propre, et, en conséquence, rien ne s'oppose à ce que les créanciers d'un vendeur forment saisie-arrêt entre les mains de l'acquéreur sur les sommes par lui dues pour prix de vente en vertu d'une contre-lettre [5].

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 269. — Civ. cass., 8 mars 1893, précité.

(2) Civ. cass., 20 avril 1863, S., 63. 1. 230, D. P., 63. 1. 185. — Caen, 17 mai 1873, précité.

(3) De Plasman, *op. cit.*, § 4, p. 31 s.; Marcadé, V, sur l'art. 1321, IV; Serrigny, *Rev. de dr. franç.*, 1846, p. 532; Mourlon, II, n. 1540 *in fine;* Bonnier, *op. cit.*, n. 519; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 269; Larombière, V, p. 568 (art. 1321, n. 11); Demolombe, XXIX, n. 348; Laurent, XIX, n. 193; Huc, VIII, n. 234 *in fine*, p. 290. — Trib. com. Seine, 29 oct. 1898, *Loi*, 25 déc. 1898.

(4) Mourlon, Bonnier, Aubry et Rau, Larombière, Demolombe, Huc, *loc. cit.*

(5) Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit.*

Pareillement, si les parties étaient convenues dans un acte secret qu'un immeuble, excepté de la vente d'après l'acte ostensible, serait, en réalité, compris dans celle-ci, les créanciers de l'acquéreur, qui seraient pourvus d'une hypothèque générale, seraient fondés à prétendre que cette hypothèque s'étend à l'immeuble dont nous venons de parler (1).

2418. La jurisprudence a fait une intéressante application de ce principe à la régie d'enregistrement. Celle-ci, après avoir perçu les droits à l'occasion d'une vente constatée par acte authentique, peut voir, dans la contre-lettre par laquelle les parties ont déclaré que cette vente était simulée, une rétrocession donnant lieu à un nouveau droit proportionnel (2).

II. *Des écritures privées qui n'ont pas le caractère d'actes.*

2419. Après s'être occupé des actes sous seing privé, le législateur règle la force probante de certaines écritures qui ne constituent pas des actes. Elles consistent dans les *registres ou livres des marchands* (art. **1329** et **1330**), *les registres et papiers domestiques* (art. **1331**), enfin dans les *mentions libératoires mises à la suite, en marge ou au dos d'un acte* (art. **1332**). Ces écritures manquent de l'élément essentiel à tout acte sous seing privé, c'est-à-dire de la signature. Remarquons en outre que certaines d'entre elles ne sont pas remises à la partie qui est appelée à les invoquer.

Il est d'autres genres d'écrits susceptibles d'être produits en justice comme moyens de preuve et dont, cependant, la loi ne parle pas. Il appartient, en conséquence, aux tribunaux d'apprécier le degré de foi qui leur est dû (3).

Nous consacrerons un appendice aux lettres missives et aux télégrammes.

(1) Larombière, *loc. cit.*

(2) De Plasman, *op. cit.*, §§ 16 et 25; de Charencey, *op. cit.*, n. 47 et 48; Bonnier, *op. cit.*, n. 519; Demolombe, XXIX, n. 349. — Req., 20 juill. 1859, S., 59. 1. 947, D. P., 59. 1. 324. — Cpr. civ. cass., 25 oct. 1808, S. chr., II. 1. 593, D., *Rép. alph.*, v° *Enreg.*, n. 2214; 11 juill. 1814, S. chr., IV. 1. 593, *Oblig.*, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 3210, et v° *Enreg.*, n. 2512.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 198.

A. *Des livres de commerce.*

2420. La loi n'attribue de force probante qu'aux trois livres que les commerçants sont obligés de tenir, et que l'on appelle *obligatoires* pour les distinguer des livres *facultatifs :* ce sont le livre-journal, le livre des copies de lettres et le livre des inventaires (C. co., art. 8 et 9). Cette force probante se justifie, d'abord par les formalités de tenue auxquelles ils sont soumis et qui rendent presque impossible toute suppression, intercalation et substitution de feuillets ou de mentions, et aussi par les sanctions rigoureuses qui assurent la régularité de leur tenue : l'altération de la vérité dans les énonciations de ces livres constitue un faux en écriture de commerce, assimilé, au point de vue de la pénalité, au faux en écriture authentique (C. pén., art. 147) [1].

2421. C'est le Code de commerce qui règle la force probante des livres des commerçants dans les rapports entre eux (C. co., art. 12 et 13); le Code civil ne s'en est occupé que dans le cas où le procès s'agite entre un commerçant et un non-commerçant, et, dans cette hypothèse, il détermine successivement la force probante de ces livres soit pour le commerçant, soit contre lui. Nous n'avons à parler des dispositions du Code de commerce que d'une manière accessoire.

N° 1. *Les livres de commerce n'ont pas force probante contre les non-commerçants.*

2422. « *Les registres des marchands*, dit l'art. 1329, *ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment* ». Les livres de commerce, même régulièrement tenus, ne font pas preuve complète en faveur des commerçants, quand ils plaident contre des personnes non-commerçantes. Car c'est un principe de droit et de raison que nul ne peut se créer un titre à lui-même; l'assertion écrite de l'inté-

[1] Colmet de Santerre, V, n. 293 *bis*-I; Demolombe, XXIX, 503; Laurent, XIX, n. 337.

ressé ne mérite pas plus de confiance que son assertion verbale (1).

Peu importe, d'ailleurs, au point de vue de l'application de l'art. 1329, que la convention sur laquelle porte le différend, soit civile à l'égard de la partie non-commerçante ou qu'elle ait, à l'égard des deux parties, le caractère commercial. Le principe que nous venons de rappeler conserve toute sa force dans la seconde hypothèse. La nature du fait à prouver ne saurait le faire écarter. Au surplus, cette circonstance qu'un non-commerçant fait accidentellement un acte de commerce ne le rend pas commerçant (2).

Il est également indifférent que la partie non marchande ait exercé antérieurement le commerce et même qu'au moment où elle traite, on ignore encore, en général, qu'elle a changé de profession (3).

Ajoutons que notre principe s'applique aussi bien lorsque le commerçant veut établir qu'il a cessé d'être débiteur que lorsqu'il prétend prouver qu'il est devenu créancier. Ainsi l'héritier qui est accusé par son cohéritier d'avoir, au moyen de fausses déclarations, dissimulé qu'il devait certaines sommes au *de cujus*, ne saurait invoquer les mentions de ses livres de commerce pour établir qu'il se serait acquitté de cette dette par des versements successifs (4).

C'est seulement lorsque le litige existe « *entre commerçants pour faits de commerce* », comme le dit expressément l'art. 12 du Code de commerce, que les livres dont nous parlons peuvent, s'ils sont réguliers, faire preuve complète en faveur de celui qui les a tenus. La condamnation prononcée contre un non-commerçant manque, par conséquent, de base légale si elle n'est fondée que sur les livres de commerce de son adversaire (5).

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 296, Locré, XII, p. 399, al. 3.

(2) Pardessus, *Cours de dr. com.*, I, n. 257; Mourlon, II, n. 1571, al. 4; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 269 *in fine*, texte et note 2; Larombière, VI, p. 175 (art. 1329-1330, n. 6); Demolombe, XXIX, n. 605.

(3) Larombière, VI, p. 175 (art. 1329-1330, n. 6 *in fine*).

(4) Req., 9 nov. 1887, D. P., 88. 1. 187.

(5) Civ. cass., 21 oct. 1890, précité.

Du moment que, dans les procès entre commerçants, les livres de commerce ne font preuve complète au profit de leur propriétaire que s'il s'agit de faits de commerce, il s'ensuit que l'art. 1329 est applicable même entre commerçants quand cette condition fait défaut (1).

2423. L'art. 1329 se termine par ces mots « *sauf ce qui sera dit à l'égard du serment* ». Il faut, de l'avis de tous les auteurs, en conclure que le juge peut, en ce qui regarde les fournitures faites par un commerçant à un non-commerçant, déférer le serment supplétoire, en vertu de l'art. 1366. Si les mots que nous venons de reproduire visaient simplement le serment décisoire, ils seraient inutiles, car celui-ci, aux termes des art. 1358 et 1360, « peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit », « et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué ». Au surplus, la solution que nous adoptons avait triomphé dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence (2). Aujourd'hui on peut la considérer comme incontestable (3).

(1) C'est-à-dire quand le fait n'est pas commercial à l'égard des deux parties. Civ. cass., 21 oct. 1890, S., 90. 1. 504, D. P., 91. 1. 174. — Rennes, 12 nov. 1891, D. P., 92. 2. 296. — Civ. rej., 10 mai 1892, S., 92. 1. 577, D. P., 93. 1. 486. — Civ. cass., 20 fév. 1905, *Gaz. Pal.*, 1905. 1. 424. — Dans le même sens, Bonnier, *op. cit.*, n. 774; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 271-272, texte et note 9; Larombière, VI, p. 175-176 (art. 1329-1330, n. 7); Demolombe, XXIX, n. 598; Boistel, *op. cit.*, n. 114, dern. al., p. 90; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, III, n. 73; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, 2e et 3e édit., n. 208; Valabrègue, *Nouveau cours de dr. comm.*, n. 59, p. 58 *in medio*. — Cpr. Pardessus, *op. cit.*, I, n. 258. — *Contra* Toullier, VIII, n. 386.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 753.

(3) Merlin, *Répert.*, v° *Preuve*, sect. 2, part. 2, art. 2; Toullier, VIII, n. 368; Delvincourt, II, p. 182 et 826; Malleville, sur l'art. 1329, Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Serment*, sect. III, § 2, n. 7; Rolland de Villargues, *Répert. du not.*, v° *Livres de commerce*, n. 38; Dageville, *C. comm.*, I, n. 257; Duranton, XIII, n. 196; Marcadé, V, sur les art. 1329-1330, I; Pardessus, *loc. cit.*; Boileux, sur l'art. 1329; Poujol, *op. cit.*, III, p. 150-151, n. 5; Massé, *Dr. comm.*, IV, n. 2490; Mourlon, II, n. 1572; Boncenne, *Th. de la proc.*, IV, p. 184 s.; Bravard et Demangeat, *Dr. comm.*, I, p. 130; Delamarre et Lepoitvin, *Contr. de comm*, I, n. 258; Colmet de Santerre, V, n. 293 *bis*-IV; Zachariæ, § 753, texte et note 3; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 270, texte et note 4; Larombière, VI, p. 182 (art. 1329-1330, n. 12); Demolombe, XXIX, n. 606; Laurent, XIX, n. 338; Boistel, *op. cit.*, n. 113; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 615, et *Tr. de dr. comm.*, III, n. 71; Thiry, III, n. 139; Thaller, *op. cit.*, n. 208, 2e édit., p. 138, 3e édit., p. 134; Valabrègue,

Du reste, la délation du serment n'est pas imposée aux juges; elle est facultative pour eux, et il leur appartient, en ce qui la regarde, d'apprécier les circonstances de la cause (1).

Ils ne peuvent, d'ailleurs, déférer le serment que si les livres du commerçant sont régulièrement tenus. Du moment que cette condition est exigée entre deux commerçants, il faut, sans hésiter, dire qu'elle est requise, à plus forte raison, entre un commerçant et un non-commerçant (2).

Enfin les tribunaux jouissent d'un pouvoir discrétionnaire quant au point de savoir à laquelle des deux parties le serment doit être déféré (3).

2424. C'est seulement pour les fournitures, en d'autres termes pour les traditions de marchandises effectuées par le commerçant, que le législateur autorise le serment supplétoire.

Cette disposition de l'art. **1329** faisant exception à la règle générale, on doit en tirer cette conséquence que, s'il s'agissait d'un autre fait, eût-il même le caractère commercial, le juge ne pourrait pas, sur le vu des livres du commerçant, déférer le serment d'office, si, par exemple, la demande avait pour objet le remboursement d'un prêt dans l'intérêt du négoce du demandeur (4).

op. cit., n. 59, p. 58; Huc, VIII, n. 257, p. 322. — Req., 22 juill. 1872, S., 74. 1. 73, D. P., 73. 1. 110. — V. cep. Alauzet, *Comm. du Code de comm.*, I, n. 104: Chardon, *Du dol et de la fraude*, I, n. 145; Curasson, *Compét. des juges de paix*, I, 1re part., sect. IV, n. 42; Pâris, *op. cit.*, n. 365; Cadrès, *Motifs du Code civil*, p. 153.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Preuve*, sect. II, art. 2, § 2, n. 5; Delvincourt, II, p. 182 et 826; Toullier, *loc. cit.*; Duranton, XIII, n. 196 et 620; Boileux, sur l'art. 1329; Marcadé, V, sur l'art. 1329-1330, I; Favard de Langlade, *op. cit.*, v° *Serment*, sect. III, § 2, n. 7; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Livres de commerce*, n. 38; Pardessus, *loc. cit.*; Bonnier, *op. cit.*, n. 780; Colmet de Santerre, *loc. cit.*: Zachariæ, édit. Massé et Vergé, III, p. 511, § 591; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 270 *in fine* et p. 271; Larombière, VI, p. 182 *in fine* (art. 1329-1330, n. 12, al. 2); Demolombe, XXIX, n. 607; Laurent, Huc, *loc. cit.* — Req., 22 juill. 1872, S., 74. 1, 73, D. P., 73. 1. 110. — Civ. rej., 10 mai 1892, S., 92. 1. 577, D. P., 93. 1. 486.

(2) Alauzet, *op. cit.*, I, n. 109; Zachariæ, § 753, note 2; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 270, texte et note 3; Demolombe, XXIX, n. 611. — Cpr. Rennes, 23 août 1821, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5321, et v° *Commerçant*, n. 255.

(3) Colmet de Santerre, Aubry et Rau, Huc, *loc. cit.*; Demolombe, XXIX, n. 608. — Cpr. Civ. rej., 10 mai 1892, précité.

(4) *Sic* Zachariæ, § 753, note 2; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 270, texte et

Il ne faut pas toutefois ici restreindre arbitrairement l'application de la loi en ce qui regarde les fournitures portées sur les livres du commerçant, le serment supplétoire peut être déféré non seulement sur le prix des marchandises et le fait du paiement, mais encore sur le fait même de la livraison (1).

2425. A raison encore du caractère exceptionnel que nous avons reconnu à la disposition finale de l'article **1329**, les livres de commerce, suffisants pour autoriser la délation du serment supplétoire, ne forment pas au profit du commerçant qui les a tenus un commencement de preuve par écrit, susceptible de donner passage à la preuve testimoniale. Ils manquent d'ailleurs d'une des conditions exigées par l'art. **1347** : ils n'émanent pas de celui à qui ils sont opposés, mais, au contraire, de celui qui veut s'en prévaloir (2).

2425 I. Mais si, aux termes de l'art. **1329**, les livres des marchands ne font pas, pour les fournitures qui y sont portées, preuve contre les personnes non marchandes, cette règle ne met pas obstacle à ce que, lorsque le litige est inférieur à 150 francs, le juge admette, en faveur du commerçant deman-

note 2; Larombière, VI, p. 183 (art. 1329-1330, n. 13); Demolombe, XXIX, n. 612; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.* — *Contra* Laurent, XIX, n. 340; Huc, VIII, n. 257, p. 322.

(1) Larombière, Demolombe, *loc. cit.*

(2) *Sic* Boncenne, *Théorie de la proc. civ.*, IV, p. 184-186; Duvergier sur Toullier, VIII, n. 369, note 1; Sebire et Carteret, *Encycl. du dr.*, v° *Commenc. de preuve par écrit*, n. 391; Marcadé, V, sur l'art. 1329, II; Alauzet, *op. cit.*, I, n. 105; Boileux, sur l'art. 1329; Bravard, *Man. de dr. comm.*, p. 32; Mourlon, II, n. 1573; Massé, *op. cit.*, IV, n. 2491; Bonnier, *op. cit.*, n. 780; Pâris, *op. cit.*, n. 568; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, § 591, note 6; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 270-271, note 4; Larombière, VI, p. 185 (art. 1329-1330, n. 16); Demolombe, XIX, n. 609-610; Laurent, XIX, n. 339; Thiry, III, n. 338 *in fine*, p. 174; Boistel, *op. cit.*, n. 113 *in fine;* Lyon-Caen et Renault, *Préc de dr. comm.*, I, n. 615, al. 3, et *Tr. de dr. comm.*, III, n. 72; Thaller, *op. cit.*, n. 208, 2e édit., p. 138, 3e édit., p. 134; Huc, VIII, n. 257 *in fine*. — Paris, 28 nov. 1836, S., 37. 2. 34, P., 37. 1. 274. — Req., 30 avril 1838, S., 38. 1. 437, D. P., 38. 1. 199. — V. Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 295, Locré, XII, p. 399, n. 197, al. 3; Jaubert, *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIII, p. 388, Locré, XII, p. 517, n. 16 *in fine*. — *Contra* Toullier, VIII, n. 369; Rolland de Villargues, *op. cit.*, v° *Commenc. de preuve par écrit*, n. 8, et *Livres de commerce*, n. 39; Bédarride, *Commerçants et livres de commerce*, I, n. 256, et *Dol et fraude*, n. 733 s. — Trib. civ. d'Annecy, 30 avril 1885, *Loi*, 27 fév. 1886.

deur, même en s'appuyant sur les livres de celui-ci, notamment en ayant égard à leur régularité, des présomptions graves, précises et concordantes (1).

2426. Un non-commerçant peut renoncer au bénéfice de l'art. 1329 soit expressément, soit tacitement. La chambre des requêtes a très bien décidé, par un arrêt du 30 avril 1900, que, lorsqu'un commerçant, assigné par un non-commerçant en paiement d'une somme d'argent, a offert, pour établir qu'il ne doit rien, la vérification de ses livres par experts, le demandeur qui a accepté cette offre et désigné lui-même l'un des experts, est « non recevable a arguer, d'une nullité qui n'est pas d'ordre public, le mode d'instruction auquel il a adhéré » (2).

D'après un autre arrêt de la même chambre, du 28 juin 1904, la prescription restrictive de l'art. 1329 ne constitue pas une disposition d'ordre public et, par suite, ne saurait être invoquée pour la première fois devant la cour de cassation (3).

N° 2. *Force probante de ces livres contre les commerçants.*

2427. Les livres de commerce font preuve complète *contre les commerçants* de toutes les mentions qui y sont portées. La preuve s'analyse alors dans un aveu écrit : « *Les livres des marchands font preuve contre eux* », dit l'art. 1330 *in princ.* Il est naturel de présumer que, si les commerçants écrivent sur leurs registres des mentions qui les constituent débiteurs, c'est parce qu'elles sont exactes (4).

Peu importe, d'ailleurs, au point de vue de l'application de notre texte, que les livres des marchands soient tenus irrégulièrement. Alors, en effet, le commerçant à qui les livres appartiennent a commis une négligence ou même une fraude. Il est inadmissible qu'elle tourne à son profit (5).

(1) Trib. paix Paris, 28 juil. 1904, *Droit,* 7 sept. 1904; 8 déc. 1904, *Droit,* 22 janv. 1905.

(2) S., 1901. 1. 118, D. P., 1901. 1. 357.

(3) *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 490, *Droit,* 18 déc. 1904.

(4) Fenet, XIII, p. 295 *in fine;* Locré, XII, p. 399, n. 197, dern. al.

(5) Duranton, XIII, n. 198; Bonnier, *op. cit.*, n. 777; Delamarre et Lepoitvin, *Contr. de comm.*, I, p. 282; Bravard-Veyrières et Demangeat, *Dr. comm.*, I,

Notre proposition est vraie même au cas de faillite (1).

La représentation des livres de la partie marchande pouvant être demandée par la partie non marchande et pouvant même être ordonnée d'office, l'art. 1330 *in princ.* déroge au principe de droit commun *Nemo tenetur edere contra se.*

2428. Les énonciations portées sur les livres font foi contre le commerçant, alors même qu'elles ont été écrites par une autre personne, fût-ce par l'adversaire, s'il est constant — ce qu'il est naturel de présumer — qu'elles ont été écrites sur son ordre ou, au moins, de son consentement (2).

2429. La loi ne distinguant pas, la première disposition de l'art. 1330 doit s'appliquer, non seulement quand l'obligation dont il s'agit a, de la part du marchand au moins, une cause commerciale (3), mais aussi quand elle a, même de la part de celui-ci, une cause purement civile. On objecte que l'art. 1329 ne parle que de *fournitures,* par conséquent de faits de commerce et que le législateur est vraisemblablement resté dans le même ordre d'idées lorsqu'il a écrit l'art. 1330. Cette considération ne saurait l'emporter sur les termes généraux de ce dernier article (4).

2430. L'art. 1330 *in fine* ajoute : « *Mais celui qui veut en tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de*

p. 133; Colmet de Santerre, V, n. 294 *bis*-I; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 512, § 591, note 7; Massé, *op. cit.*, n. 2493; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 271, texte et note 6; Larombière, VI, p. 189 (art. 1329-1330, n. 18 *in fine*); Demolombe, XXIX, n. 614; Laurent, XIX, n. 342; Arntz, III, n. 339; Boistel, *op. cit.*, n. 115, al. 2; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 613, et *Tr. de dr. comm.*, III, n. 68; Huc, VIII, n. 258; Thaller, *op. cit.*, 2e et 3e édit., n. 207. — Sur le principe entre commerçants, Req., 7 mars 1837, S., 37. 1. 946. D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4199. — Rennes, 29 avril 1881, joint à Civ. rej., 1er août 1883, S., 86. 1. 20, D. P., 84. 1. 357.

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 271, note 6 *in fine*. — Rouen, 23 mai 1825, S. chr., VIII. 2. 79, D., *Répert. alph.*, v° *Faillite,* n. 609.

(2) Larombière, VI, p. 189 (art. 1329-1330, n. 18, al. 3); Demolombe, XXIX, n. 615. — Bourges, 14 juin 1851, S., 51. 2. 737. — Telle était déjà la décision de Pothier, *Oblig.*, n. 758.

(3) Req., 24 nov. 1903, *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 678.

(4) *Sic* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 271, texte et note 8; Larombière, VI, p. 188 *in fine* (art. 1329-1330, n. 18, al. 2); Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 613, *et Tr. de dr. comm.*, III, n. 68; Thaller, *op. cit.*, 2e et 3e édit., n. 207. — *Contra* Bonnier, *op. cit.*, n. 777; Zachariæ, Massé et Vergé, III, p. 512, § 592; Massé, *op. cit.*, IV, n. 2494; Demolombe, XXIX, n. 616.

contraire à sa prétention ». C'est là une application du principe de l'indivisibilité de l'aveu (1), que nous expliquerons plus loin (2). La règle de l'art. **1330** *in fine* doit être observée même quand les livres sont irréguliers. En effet, les énonciations qu'ils renferment constituent dans tous les cas un aveu de la part de celui qui les a tenus (3).

2481. Quels sont les moyens légaux de faire sortir des livres de commerce la preuve qui s'y trouve contenue? Ce sont la *représentation* de ces livres et leur *communication*. La première est un moyen de droit commun. La seconde n'est permise que par exception.

Dans toute instance où un commerçant figure soit comme demandeur, soit comme défendeur, le juge *peut* ordonner, même d'office, la représentation des livres de ce commerçant « à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend » (art. 15 C. com.).

On voit par les termes de cette disposition qu'elle donne au juge une faculté et ne lui impose pas une obligation (4). Il a, d'ailleurs, cette faculté aussi bien pour les livres auxiliaires que pour les livres principaux (5).

« Si la partie, aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi,

(1) Aubry et Rau, VIII, p. 271, note 7; Larombière, VI, p. 189 (art. 1329-1330, n. 20); Demolombe, XIX, n. 617; Laurent, XIX, n. 343.

(2) V. *infra*, n. 2711 s.

(3) *Sic* Toullier, VIII, n° 388; Larombière, VI, p. 189 *in fine* (art. 1329-1330, n. 20). — Cpr. Laurent, XIX, n. 343 *in fine*. — *Contra* Huc, VIII, n. 258, al. 5. — V. sur la véritable portée de l'arrêt de la chambre des requêtes du 7 nov. 1860 (S., 61. 1. 708, D. P., 61. 1. 195), Laurent, *loc. cit.*

(4) Bonnier, *op. cit.*, n. 773; Alauzet, *op. cit.*, I, n. 113; Bédarride, *op. cit.*, I, n. 310; Dutruc sur Devilleneuve et Massé, *Dict. du content. comm. et indust.*, v° *Livres de comm.*, n. 45; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 273, note 15; Demolombe, XXIX, n. 601; Boistel, *op. cit.*, n. 117 *in fine;* Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 218, et *Tr. de dr. comm.*, I, n. 293. — Req., 20 août 1818, S. chr., V. 1. 525. — Civ. rej., 4 fév. 1828, S. chr., IX. 1. 25. — Req., 10 déc. 1862, S., 63. 1. 126, D. P., 64. 1. 130; 4 mars 1873, S., 73. 1. 360, D. P., 73. 1. 303; 25 mars 1873, S., 75. 1. 156, D. P., 75. 1. 27 10 août 1875, S., 76. 1. 121; 29 mai 1878, S., 79. 1. 64; 16 mars 1892, S., 93. 1. 192, D., 92. 1. 240. — Rennes, 7 juin 1892, D. P., 92. 2. 598.

(5) Delamarre et Lepoitevin, *Du contr. de commis.*, I, n. 188; Massé, *op. cit.*, IV, n. 2510; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 273; Larombière, VI, p. 173-174 (art. 1329-1330, n. 5); Demolombe, XXIX, n. 601. — Req., 4 mars 1873, précité; 16 mai 1899, S., 1903. 1. 327, D. P., 99. 1. 399.

refuse de les représenter, le juge *peut* déférer le serment à l'autre partie ». Ainsi s'exprime l'art. 17 C. com. Ce texte, lui aussi, parle d'une mesure purement facultative pour le juge(1).

En ce qui regarde la communication des livres de commerce, l'art. 14 du même code dispose en ces termes : « La communication des livres et inventaires ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de société et en cas de faillite ». Le juge, dans ces divers cas, a un pouvoir souverain d'appréciation quant aux circonstances qui sont de nature à faire admettre ou rejeter la demande de communication (2). Ajoutons que cette mesure ne saurait être ordonnée hors des cas visés par l'article précité. On s'accorde à décider que ce texte est limitatif (3).

La communication ne peut donc pas avoir lieu sur la demande d'un employé intéressé qui veut connaître le chiffre des affaires sur lesquelles il prétend avoir droit à une commission. En effet, un employé, participant sans doute aux opérations et aux bénéfices, mais ne supportant pas les pertes, ne saurait être assimilé aux membres d'une société commerciale (4).

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 273, texte et note 13; Demolombe, XXIX, n. 600; Boistel, *op. cit.*, n. 115 *in fine*, p. 92; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 225, et *Tr. de dr. comm.*, I, n. 300; Thaller, *op. cit.*, 2e et 3e édit., n. 210. — Req., 18 janv. 1832, S., 33. 1. 74, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2013. — V. sur diverses questions que peut soulever l'application de l'art. 17, Bédarride, *op. cit.*, I, n. 336 s.

(2) Req., 13 juill. 1875, S., 75. 1. 360. — Paris, 28 nov. 1891, S., 92. 2. 48, D. P., 92. 2. 78.

(3) Pardessus, *op. cit.*, I, n. 259; Alauzet, *op. cit.*, I, n. 118; Bédarride, I, n. 297; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 273, texte et note 17; Demolombe, *loc. cit.*; Boistel, *op. cit.*, n. 118; Lyon-Caen et Renault, *Préc.*, I, n. 218, et *Tr. de dr. comm.*, I, n. 240 *bis*: Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm., indust. et marit.*, v° *Livres de commerce*, n. 71; Thaller, *op. cit.*, 2e et 3e édit., n. 211, al. 2. — Bruxelles, 23 mars 1824, S. chr. VII. 2. 331, col. 3. — Aix, 5 avril 1832, S., 35. 2. 22. — Bordeaux, 6 août 1853, S., 55. 2. 717. — Montpellier, 31 mars 1859, S., 59. 2. 688, D. P., 59. 5. 140. — Caen, 28 avril 1874, S., 74. 2. 274, D. P., 76. 2. 173. — Paris, 2 mai 1874, S., 76. 2. 324, D. P., 77. 2. 45. — Req., 29 mai 1878, précité. — Bordeaux, 8 avril 1880, joint à Req., 16 nov. 1880, S., 81. 1. 313. — Nancy, 10 juin 1893, S., 94. 2. 33, D. P., 94. 2. 24.

(4) Paris, 21 nov. 1903, précité. — *Contra* Paris, 7 mars 1835, D. P., 35. 2. 95. — Nîmes, 20 juil. 1864, D. P., 66. 2. 57. — Rennes, 29 juin 1871, D. P., 72. 2. 135. — V. dans ce dernier sens Lyon Caen et Renault, I, *Tr. de dr. comm.*, n. 291 *bis*.

Toutefois, du moment que les dispositions du Code de commerce qui ne sont pas modifiées par la loi du 4 mars 1889 doivent, d'après l'art. 24 de cette loi, s'appliquer en cas de liquidation judiciaire, comme en cas de faillite, l'art. 14 C. com., aux termes duquel la communication des livres et inventaires « peut être ordonnée en justice... *en cas de faillite* », doit être étendu à la liquidation judiciaire (1).

Il est indifférent, au point de vue de la représentation ou de la communication des livres des marchands, que la contestation ait été portée devant un tribunal civil ou devant un tribunal de commerce. La nature de la juridiction saisie ne peut pas influer sur la force probante de ces livres (2).

La production des livres d'un commerçant qui n'a pas été demandée en première instance, peut l'être en appel (3).

Mais que faut-il entendre ici par les mots *représentation* et *communication?* Quelle est la différence qui existe entre les deux mesures dont il s'agit? A ces questions, on répond généralement comme il suit :

La représentation n'entraîne aucun dessaisissement; c'est la simple exhibition du livre, qui ne peut être consulté qu'à des endroits déterminés.

La communication est la remise du livre avec la faculté de l'examiner dans son ensemble. Elle suppose donc le dessaisissement (4).

(1) Paris, 28 nov. 1891, précité.

(2) Larombière, VI, p. 180 (art. 1329-1330, n. 11).

(3) Rouen, 30 nov. 1878, D. P., 79. 2. 87.

(4) V. notamment sur cette distinction et dans le sens de la doctrine sus-indiquée, Boistel, *op. cit.*, n. 117 et 118, p. 92 et 93; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 217 et 218, et *Tr. de dr. comm.*, I, n. 290, 290 *bis* et 293; Valabrègue, *op. cit.*, n. 60, p. 58-60. — D'après M. Thaller, la communication est « *le fait de se dessaisir du livre directement ou par la voie du greffe, aux mains de l'adversaire,* qui peut ainsi le consulter lui-même et dans toutes ses parties »; tandis que, dans le cas de représentation, « *le livre est examiné soit par le tribunal ou par un juge commis, soit par un expert nommé par lui,* mais en dehors de la présence de l'adversaire ». *Op. cit.*, 2e et 3e édit., n. 211 et 212. — V. dans le même sens, Req., 17 nov. 1891, S., 92. 1. 143, D. P., 92. 1. 351. — Civ. rej., 26 juin 1894, S., 98. 1. 511, D. P., 94. 1. 475. — Ainsi la représentation, comme la communication, permettrait de compulser le livre en entier. La différence n'existerait qu'au point de vue des personnes qui pourraient procéder à l'examen. Quoi qu'il en soit, dans ce système, comme dans celui qui est généralement admis, la

On voit que la communication est une mesure beaucoup plus grave que la représentation, car elle permet de connaître toutes les affaires du commerçant. Voilà pourquoi le législateur ne l'autorise que dans certains cas.

B. *Des registres et papiers domestiques.*

2432. La loi désigne sous le nom de *registres et papiers domestiques* toutes les écritures, signées ou non, portées soit sur des feuilles réunies et reliées ensemble, soit même sur de simples feuilles volantes, qu'une personne rédige pour fixer le souvenir des faits juridiques ou même des événements quelconques de sa vie privée (1).

Les registres et papiers domestiques ne forment pas un titre pour leur auteur. Quant au point de savoir s'ils font preuve contre lui, la loi distingue.

Reprenons ces deux propositions.

N° 1. *Ils ne forment pas un titre pour leur auteur.*

2433. « *Les registres et papiers domestiques,* dit l'art. **1331**, *ne font point un titre pour celui qui les a écrits* ». Ils ne font pas preuve *en sa faveur,* toujours parce qu'on ne peut pas se créer un titre à soi-même (2). Ils ne sont même pas susceptibles de former un commencement de preuve par écrit suffisant pour autoriser le juge à déférer le serment supplétoire, car l'art. **1331** n'ajoute pas pour les registres et papiers domestiques, comme l'art. **1329** le fait pour les livres des commerçants : « Sauf ce qui sera dit à l'égard du serment » (3).

communication est une mesure plus grave que la représentation. Cependant il faut reconnaître que les inconvénients de celle-ci deviennent plus grands. V. Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 226, et *Tr. de dr. comm.*, I, n. 301; Valabrègue, *op. cit.*, p. 59.

(1) Marcadé, V, sur l'art. 1331, I et V; Colmet de Santerre, V, n. 295 *bis*-I; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 512, § 592, note 1; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 274; Demolombe, XXIX, n. 619, 620 et 640; Laurent, XIX, n. 344; Huc, VIII, n. 260. — Vs aussi Pothier, *Oblig.*, n. 759 s. — Cpr. Toullier, VIII, n. 357; Bonnier, *op. cit.*, n. 744; Poujol, *op. cit.*, III, p. 157 s., n. 14; Larombière, VI, p. 191 (art. 1331, n. 1).

(2) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs,* Fenet, XIII, p. 296, Locré, XII, p. 399, n. 198; Jaubert, *Rapport au Tribunat,* Fenet, XIII, p. 388, Locré, XII, p. 517, n. 17.

(3) Toullier, VIII, n. 400; Duranton, XIII, n. 621; Bonnier, *op. cit.*, n. 743;

A plus forte raison les écritures dont nous parlons maintenant ne peuvent-elles pas former un commencement de preuve de nature à donner passage à la preuve testimoniale (1).

Cependant il serait exagéré de dire que les registres et papiers domestiques sont nécessairement destitués de toute force probante au profit de la personne de laquelle ils émanent. Les tribunaux peuvent, en effet, les consulter à titre de renseignements et y puiser des présomptions de fait (2).

2434. De même qu'un non-commerçant plaidant contre un commerçant peut, ainsi que nous l'avons dit (3), renoncer à invoquer le bénéfice de l'art. **1329**, de même rien ne s'oppose à ce que l'une des parties renonce à se prévaloir de la première disposition de l'art. **1331**. Ainsi les registres d'un notaire peuvent faire foi en sa faveur des remises d'argent qui s'y trouvent énoncées, quand il les invoque contre un client qui s'en est rapporté à lui du soin de noter les paiements et versements échangés entre eux, et que ces registres sont d'ailleurs tenus de manière à inspirer toute confiance; la convention que les parties ont faite à ce sujet ne porte aucune atteinte à l'ordre public (4).

N° 2. *Force probante de ces documents contre leur auteur.*

2435. Quant à la force probante des registres et papiers domestiques *contre* celui qui les a écrits, la suite de l'art. **1331** la réglemente dans les termes suivants : « *Ils font foi contre* » *lui, 1° dans tous les cas où ils énoncent formellement un*

Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 274; Larombière, VI, p. 192-193 (art. 1331, n. 2); Demolombe, XXIX, n. 624; Laurent, XIX, n. 347; Huc, VIII, n. 260, p. 324 *in fine*. — Civ. cass., 2 mai 1810, S. chr., III. 1. 178, col. 3 *in fine*, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5321. — Cpr. Bruxelles, 10 janv. 1828, *Pasicr.*, 1828, p. 11.

(1) Huc, *loc. cit.* — Civ. cass., 9 nov. 1842, S., 43. 1. 704, D., *op. cit.*, v° *Disp. entre vifs*, n. 573.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, n. 274 *in fine* : Demolombe, XXIX, n. 625; Laurent, XIX, n. 348; Huc, VIII, n. 260, p. 325. — Civ. rej., 10 mai 1842, S., 42. 1. 635, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4230, 5303-4°; 28 août 1844, S., 44. 1. 744; D., *op.* et v° *cit.*, n. 4230, 2582-1°. — Req., 1er mai 1848, S., 48. 1. 501, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4229; 31 mai 1881, S., 82. 1. 200, D. P., 82. 1. 58; 3 nov. 1903, *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 544, S., 1904. 1. 76, D. P., 1904. 1. 111; 18 juill. 1904, S., 1904. 1. 512, D. P., 1904. 1. 551, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 336. — V. aussi Bonnier, *op. cit.*, n. 743 *in fine*.

(3) V. *supra*, n. 2426.

(4) Req., 20 mars 1876, S., 76. 1. 419, D. P., 77. 1. 254.

» *paiement reçu; 2° lorsqu'ils contiennent la mention ex-*
» *presse que la note a été faite pour suppléer le défaut du*
» *titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une*
» *obligation* ».

2436. α. Ainsi la loi distingue. S'agit-il d'une mention tendant d'une manière quelconque à établir la *libération* de celui qui invoque ces titres privés, paiement, novation, remise de dette, etc., — car le mot *paiement* est pris ici dans son sens le plus général (1), — les registres et papiers domestiques font preuve complète contre celui qui les a tenus. Il est facile de comprendre le motif de la loi : on ne constate pas un paiement sans l'avoir reçu, et cette déclaration libératoire a toute la force d'un aveu (2) : « On doit présumer, dit Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs*, qu'il y a eu quittance donnée ou que le débiteur s'est contenté de la mention faite par le créancier » (3).

2437. La mention d'un paiement reçu conserve sa force probante contre le créancier alors même qu'elle se trouve biffée ou raturée, pourvu, bien entendu, qu'elle soit toujours lisible. Dès que cette mention a été inscrite, le débiteur a pu s'en prévaloir; il avait à cet égard un droit acquis, et il ne dépendait pas du créancier de lui enlever ce droit (4).

2438. Ainsi la mention d'un paiement reçu peut être invoquée par le débiteur, et il n'est pas permis au créancier de supprimer cette preuve. Mais il ne s'ensuit point que, si le débiteur lui oppose la prescription, le créancier soit admis, pour établir que celle-ci a été interrompue, à exciper des mentions de paiements d'acomptes, d'intérêts ou d'arrérages portées sur ces registres domestiques. En vain dirait-il que, si ces registres font foi contre lui des paiements dont nous parlons, ils prouvent en même temps, par la force des choses,

(1) Toullier, VIII, n. 402; Larombière, VI, p. 193 (art. 1331, n. 3); Demolombe, XXIX, n. 626; Huc, VIII, n. 261. — V. aussi Pothier, *Oblig.*, n. 759 *in fine*.

(2) Bonnier, *op. cit.*, n. 742; Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, XIX, n. 349.

(3) Fenet, XIII, p. 296, al. 3; Locré, XII, p. 399, n. 198, al. 2.

(4) Duranton, XIII, n. 208; Marcadé, V, sur l'art. 1331, II; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 276, texte et note 10; Demolombe, XXIX, n. 633; Laurent, XIX, n. 352; Huc, VIII, n. 261, al. 3. — V. cependant Poujol, *op. cit.*, III, p. 164 n. 20. — Cpr. *infra*, n. 2442.

l'interruption de la prescription, puisque cette interruption en a été la conséquence nécessaire. Cette prétention ne serait pas fondée. Le créancier ne pourrait se prévaloir desdits paiements que si le débiteur en avait reconnu la réalité : « Les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits », dit l'art. 1331 dans sa première partie. Le créancier ne saurait obtenir indirectement le résultat que ce texte a pour but d'empêcher. Il n'a, d'ailleurs, qu'à s'en prendre à lui-même, s'il encourt la déchéance; car il n'avait, pour la prévenir, qu'à retirer des contre-quittances ou à demander au débiteur un titre nouvel. La doctrine contraire l'avait emporté, dans notre ancienne jurisprudence, en matière de rentes (1). Mais, en présence du texte formel de l'art. 1331, elle n'est plus soutenable (2).

2439. ρ. S'agit-il d'une mention constatant l'*existence d'une obligation* à la charge de celui qui a tenu les registres et papiers domestiques, envers la personne qui les invoque? elle ne fait preuve que sous une condition, sous la condition qu'il soit en même temps exprimé qu'elle a été écrite *pour suppléer le défaut du titre en faveur du créancier*. Telle serait la mention ainsi conçue : « *Primus* m'a prêté 500 fr. Comme il n'a pas voulu accepter une reconnaissance, j'inscris cette note sur mon registre pour lui servir au besoin de titre ». Voici comment s'explique cette restriction. Le débiteur, qui mentionne sa dette sur ses propres papiers, ne le fait en général que pour se rendre compte à lui-même, et non pour procurer une preuve à son créancier. Régulièrement, en effet, il y a un acte, un billet, qui constate la dette, et qui sera détruit ou rendu lors du paiement, ce qui dispense de donner quittance. Cela posé, du moment que le créancier qui réclame ne produit aucun acte, il est probable qu'il l'a remis en recevant son paiement. De son côté, le débiteur, rassuré par la resti-

(1) Favre, *Cod.*, liv. VII, tit. XIII, déf. 24; Despeisses, *Œuvres*, I, p. 443; Dunod, *Des prescriptions*, p. 171-172; Merlin, *Rép.*, v° *Interruption de prescription*, n. 8.

(2) Vazeilles, *Des prescriptions*, n. 215; Marcadé, V, sur l'art. 1331, III; Troplong, *Des prescriptions*, II, n. 621; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 275, texte et note 5; Larombière, VI, p. 196-198 (art. 1331, n. 7); Demolombe, XXIX, n. 628. — Req., 11 mai 1842, S., 42. 1. 719, D., *Rép. alph.*, v° *Prescription*, n. 573. — V. aussi Fœlix et Henrion, *Des rentes foncières*, p. 440, note 1.

tution du titre (art. 1282), a pu négliger de biffer la note ou d'y ajouter la mention du paiement. Mais une pareille négligence est peu vraisemblable lorsqu'il a expressément destiné la note à servir de titre, et, par suite, elle fait preuve tant qu'elle subsiste intacte (1).

S'il doit être exprimé que la note a été faite pour suppléer le défaut de titre, il n'y a pas, à cet égard, de termes sacramentels. Par exemple, cette mention : « *Je dois mille francs à Paul qui n'a pas voulu recevoir de billet* » remplirait incontestablement le vœu de la loi (2).

L'art. 1331 n'exige pas, d'ailleurs, que le propriétaire du registre explique pour quelle raison il n'y a pas de titre (3).

2440. Supposons une reconnaissance de dette consignée sur un registre domestique. Elle ne porte pas qu'elle a été faite pour suppléer le défaut de titre au profit du créancier, mais elle est signée par celui qui l'a écrite sur le registre. Fait-elle preuve en faveur du tiers ? Non. Boiceau (4) et Pothier (5), il est vrai, se prononçaient en sens contraire, en se fondant sur ce que la signature équivalait à la mention omise ; mais cette décision ne saurait se concilier avec les termes de l'art. 1331. D'ailleurs, la façon dont Bigot-Préameneu s'exprime dans l'*Exposé des motifs* ne laisse aucun doute sur la pensée du législateur : « On n'a point admis, dit-il, l'opinion des auteurs qui regardaient comme suffisante la mention sur le journal ou sur les tablettes, *lorsqu'elle était signée*. On ne doit pas accorder, quand il s'agit d'établir un titre, la même faveur qu'on donne à la libération » (6). Aujourd'hui, par conséquent, ce point ne saurait donner lieu à controverse (7).

(1) Demolombe, XXIX, n. 630 ; Laurent, XIX, n. 353.

(2) Duranton, XIII, n. 206, al. 4, p. 205 ; Larombière, VI, p. 194 *in fine* (art. 1331, n. 4).

(3) Larombière, VI, p. 195 (art. 1331, n. 4, al. 2).

(4) Boiceau, *De la preuve*, part. II, chap. VIII, n. 14.

(5) Pothier, *Oblig.*, n. 759, al. 2 et 3 (édit. Dupin), I, p. 447.

(6) Fenet, XIII, p. 296 ; Locré, XII, p. 399-400, n. 198, dern. al.

(7) Toullier, VIII, n. 403 ; Duranton, XLII, n. 206 ; Bonnier, *op. cit.*, n. 745 ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 275, n. 6 ; Larombière, VI, p. 193-194 (art. 1331, n. 3) ; Demolombe, XXIX, n. 631. — Civ. cass., 27 avril 1831, S., 33. 1. 277, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4235.

2441. Mais l'annotation qui ne porte pas qu'elle a été faite pour servir de titre au créancier peut du moins, si elle satisfait aux conditions exigées par l'art. 1347, former un commencement de preuve par écrit, qui permet d'admettre la preuve testimoniale et les présomptions (1).

2442. Si une mention, constatant l'existence d'une obligation au profit d'un tiers, se trouve biffée ou cancellée, elle a cessé de faire preuve, alors même qu'elle est encore lisible. Cette solution ne contredit point celle que nous avons donnée relativement à la mention d'un paiement (2). Celui qui a consigné sur son registre domestique un paiement reçu par lui, ne saurait, en biffant ou raturant cette mention, enlever au débiteur le droit d'y puiser la preuve de sa libération. Notre cas est bien différent. Pourquoi la mention d'une reconnaissance de dette fait-elle foi quand elle figure sur un registre domestique? parce qu'il est raisonnable de penser que le débiteur ne l'aurait pas laissée subsister, s'il était libéré; or, précisément, nous supposons qu'il l'a biffée ou raturée; il convient, par conséquent, de présumer qu'il a payé sa dette, et désormais la mention doit être considérée comme sans valeur aucune (3).

2443. Il est nécessaire, dans les deux cas visés par l'art. 1331, que les registres ou papiers domestiques aient été écrits par celui contre qui on les invoque. Cet article le dit formellement : « ... contre celui *qui les a écrits* ». Par exemple, si la mention d'un paiement reçu n'émanait pas du créancier, le débiteur ne saurait l'invoquer pour établir sa libération. La mention qui a été écrite par une main étrangère ne pourrait sans danger avoir force probante, car elle a pu être faite sans l'aveu du propriétaire du registre ou des notes, et même à son insu (4).

(1) Aubry et Rau, même note *in fine;* Larombière, VI, p. 195 (art. 1331, n. 5); Demolombe, XXIX, n, 631, dern. al. — Civ. cass., 27 avril 1831, précité.

(2) V. *supra,* n. 2437.

(3) Duranton, XIII, n. 207; Bonnier, *op. cit.,* n. 742 *in medio;* Marcadé, V, sur l'art. 1331, II; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 276, texte et note 11; Larombière, VI, p. 203 (art. 1331, n. 10); Demolombe, XXIX, n. 633; Laurent, XIX, n. 354; Huc, VIII, n. 261, p. 326. — V. aussi Pothier, *Oblig.,* n. 759, al. 6.

(4) Duranton, XIII, n. 205; Colmet de Santerre, V, n. 295 *bis*-I; Aubry et Rau,

Toutefois, quand les registres ou notes sont de la main d'un régisseur, d'un administrateur, d'un secrétaire ou d'un clerc, plus généralement d'un mandataire quelconque chargé de les rédiger, ils sont censés émaner de celui à qui on les oppose [1].

Aussi, a-t-il été jugé que les livres d'un notaire peuvent lui être opposés comme preuve des paiements qui s'y trouvent énoncés, encore que ces livres aient été écrits non par lui-même, mais par celui de ses clercs qui est chargé de ce travail [2]. Et même, d'après la jurisprudence, la mention d'un paiement reçu, qui a été consignée sur le registre domestique du créancier, a force probante, bien qu'elle soit de la main du débiteur, si elle a été écrite sous les yeux mêmes du créancier, ce qui implique l'approbation de celui-ci [3].

2444. La partie qui invoque les registres et papiers domestiques n'a pas à fournir d'autre preuve du paiement par elle fait ou de la dette existant à son profit; mais celle de qui émanent ces écritures est admise à combattre les mentions qu'elles contiennent, et, pour cela, elle peut, même en l'absence d'un commencement de preuve par écrit, recourir soit à la preuve testimoniale, soit aux présomptions graves, précises et concordantes. Notre solution n'est point contraire à la disposition de l'art. 1341, aux termes duquel « il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux *actes* ». Ce texte ne concerne point les énonciations des livres et papiers dont nous parlons. Il ne vise que les actes proprement dits. Or, par là, nous devons entendre seulement les écrits authentiques ou sous seing privé qui ont été rédigés sur la réquisition ou avec le concours de toutes les parties pour constater les diverses clauses de leur convention et dans lesquels, par conséquent, l'un des contractants ne saurait

4e édit., VIII, p. 276; Larombière, VI, p. 201-202 (art. 1331, n. 9); Demolombe, XXIX, n. 632; Laurent, XIX, n. 345. — Civ. cass., 9 nov. 1842, S., 43. 1. 704, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4260.

(1) Aubry et Rau, Larombière, Demolombe, Laurent, *loc. cit.*; Zachariæ, § 754, note 4.

(2) Req., 11 juin 1872, S., 72. 1. 261, D., 72. 1. 464.

(3) Req., 9 janv. 1865, S., 65. 1. 63, D. P., 65. 1. 160. — V. dans le même sens Aubry et Rau, Demolombe, *loc. cit.*

introduire, après coup, en faisant appel à des témoins, des additions ou des modifications. Il est manifeste que cette définition ne saurait s'appliquer aux registres et papiers domestiques, puisqu'ils émanent exclusivement de leur propriétaire. Celui-ci peut donc employer tous les moyens de preuve pour établir que les énonciations dont on veut tirer avantage contre lui, sont la conséquence d'une erreur ou qu'elles ont été écrites en prévision d'un fait qui n'a pas eu lieu (1).

2445. Celui des deux adversaires qui veut exciper des mentions portées dans les écritures dont il s'agit n'a pas le droit de les diviser en ce qu'elles contiennent de contraire à sa prétention. L'art. **1330**, qui ne fait qu'appliquer un principe de droit commun, fournit un argument en ce sens (2).

Mais c'est uniquement au point de vue de sa défense que le propriétaire des registres et papiers domestiques peut invoquer cette indivisibilité; il ne saurait s'en prévaloir pour fonder une demande reconventionnelle. La règle formulée par l'art. **1331** dans sa première partie s'y oppose (3).

2446. Les feuilles volantes, ne présentant pas les mêmes conditions de stabilité que les registres, donnent lieu à une difficulté particulière. A raison de ce défaut de fixité, certains auteurs enseignent qu'elles ne constituent jamais des papiers domestiques. Dans l'art. **1331**, le mot *papiers* aurait la même signification que le mot *registres*. Ces deux expressions réunies formeraient une redondance traditionnelle. A l'appui de cette thèse, on invoque l'autorité de Pothier. Ce jurisconsulte distingue « les papiers domestiques des particuliers » (qu'il oppose aux « papiers journaux des marchands ») et « les écritures sur feuilles volantes et qui ne sont pas à la suite, à la marge ou au dos d'un acte signé » (4). Les feuilles volantes

(1) Bonnier, *op. cit.*, n. 742; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 277, texte et note 12; Demolombe, XXIX, n. 634.

(2) Bonnier, *op. cit.*, n. 743; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 277; Demolombe, XXIX, n. 634.

(3) Bonnier, *loc. cit.*; Marcadé, V, sur l'art. 1331, VI; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 277, texte et note 14; Larombière, VI, p. 195-196 (art. 1331, n. 6); Demolombe, XXIX, n. 629. — Req., 16 déc. 1833, S., 34. 1. 123, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4227.

(4) *Oblig.*, n. 759 et 760 (édit. Dupin, I, p. 447-448).

ne seraient donc pas régies par l'art. 1331. Toullier a le premier soutenu cette opinion (1). Favard de Langlade et Larombière se sont rangés à son avis (2).

Laurent se prononce dans le sens opposé : pour lui, les feuilles volantes qui portent la mention d'un paiement reçu ou d'une obligation contractée au profit d'un tiers, sont toujours des papiers domestiques. Si on ne leur reconnaissait pas toute la force probante dont parle l'art. 1331 dans sa seconde partie, on restreindrait arbitrairement la portée des termes de la loi (3).

D'autres auteurs, notamment Bonnier, Marcadé, Demolombe, estiment que, sur cette question, il convient de ne pas se prononcer d'une façon absolue, les écrits dont nous traitons pouvant, suivant les cas, rentrer ou non dans la catégorie des papiers domestiques. D'après eux, il faut examiner les diverses circonstances de la cause et surtout les habitudes de celui qui a écrit la feuille volante, pour décider si elle constitue un papier de cette nature, c'est-à-dire un papier que le père de famille entendait conserver pour la constatation de l'état de ses affaires (4).

Ces derniers auteurs nous paraissent avoir raison. La qualification de papiers domestiques n'est pas toujours applicable aux feuilles détachées. Souvent, si l'on mentionne sur de pareilles feuilles des réceptions de paiements, c'est en vue d'éventualités qui ne se réalisent pas; il n'est point rare qu'une quittance soit préparée à l'avance et que, faute de paiement, elle ne soit pas remise au débiteur.

(1) VIII, n. 357 et surtout n. 399.

(2) Favard de Langlade, *Rép. du notar.*, v° *Feuilles volantes*, n. 1 à 4; Larombière, VI, p. 191 et 192, 208 à 210 (art. 1331, n. 1 et n. 13); « Elles ne peuvent, *en aucun cas*, toutes seules et indépendamment de tout complément de preuve, faire foi de leurs énonciations », dit le dernier de ces deux auteurs, dans le n. 13, al. 1er.

(3) « Y a-t-il des motifs pour refuser toute foi aux feuilles volantes, demande Laurent? Si je mentionne sur le premier papier venu que j'ai reçu telle somme, pourquoi cette mention libératoire ne ferait-elle pas foi aussi bien que si elle était inscrite sur un registre? Est-ce qu'on mentionne d'avoir reçu ce qu'on n'a pas reçu? » XIX, n. 351.

(4) Bonnier, *op. cit.*, n. 744; Marcadé, V, sur l'art. 1331, V; Demolombe, XXIX, n. 619, 638 à 640. — Cpr. Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 274 et 278*d*; Huc, VIII, n. 260.

Mais il est certainement des cas où les feuilles volantes constituent des papiers domestiques et font, en conséquence, preuve complète, conformément à l'art. 1331. Marcadé en donne deux exemples. Il est dit sur une de ces feuilles : « N. m'a remis la semaine dernière les 500 fr. qu'il me devait », ou : « N. m'a prêté hier 500 fr. sans vouloir prendre d'écrit; cette note renseignera mes héritiers, si je venais à mourir ». Comment cette circonstance que des énonciations aussi précises figurent sur une feuille volante pourrait-elle en diminuer la portée ? Disons d'une façon générale qu'il appartient aux tribunaux de déterminer le caractère des écrits dont nous parlons, au point de vue de l'application de l'art. 1331, et qu'ils doivent, pour cela, prendre en considération tous les éléments de fait qui sont de nature à les éclairer : les feuilles volantes sont-elle réunies en liasses, groupées dans un portefeuille ou dans une enveloppe quelconque, numérotées, signées ? Sont-elles du même format ? A-t-on noté sur la feuille dont-il s'agit au procès d'autres opérations qui ont été incontestablement effectuées ? Autant de points sur lesquels doit porter l'attention des juges.

Suivant la remarque de Bonnier, lorsqu'il y a mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut de titre en faveur du tiers au profit duquel une obligation est constatée, l'autorité de la feuille volante doit être admise plus facilement que dans le cas d'énonciation d'un paiement reçu, car, ainsi que nous l'avons dit, cette dernière énonciation peut n'être qu'un projet de quittance rédigé en vue d'un paiement qui n'a pas eu lieu (1). Mais, quelquefois, l'art. 1331 est applicable dans la seconde hypothèse. Ainsi que l'a décidé la cour de Dijon, par un arrêt du 19 février 1873, une note sur feuille volante, écrite par la personne dans les papiers de laquelle on l'a trouvée, peut, lorsqu'elle énonce formellement un paiement reçu, être considérée comme un papier domestique, surtout si ladite énonciation est précédée d'une sorte d'inventaire de valeurs mobilières constatant à la fois le titre et la quittance (2).

(1) *Loc. cit.*
(2) S., 74. 2. 14, D. P., 75. 5. 357.

En terminant, faisons observer qu'on s'accorde à décider qu'une mention écrite sur une feuille volante peut former un commencement de preuve par écrit [1].

2447. La représentation des registres et papiers domestiques de l'une des parties peut-elle être ordonnée soit sur la demande de l'autre partie, soit d'office par le juge? Cette question est l'objet d'une controverse. Toullier et Duranton répondent affirmativement, mais seulement pour le cas où le défendeur prétend que les registres de l'adversaire constatent un paiement fait par lui et où le refus de les produire est accompagné de circonstances qui rendent la bonne foi du demandeur suspecte [2]. Laurent se prononce dans le même sens, mais en termes absolus; il enseigne que la représentation des livres domestiques de l'une des parties peut être ordonnée dans les deux hypothèses prévues par l'art. **1331**, par conséquent même quand ils contiennent la reconnaissance d'une dette au profit de l'autre partie avec déclaration que la note est faite pour suppléer le défaut de titre [3].

Nous n'hésitons pas à nous ranger parmi les partisans de la négative. L'opinion adverse méconnaît le principe. *Nemo tenetur edere contra se.* En ce qui regarde les livres des marchands, l'application de cette règle est écartée par les art. 15 et 17 C. comm. Mais, pour les registres et papiers domestiques, il n'existe aucun texte analogue. Cette différence, d'ailleurs, s'explique aisément. La loi veut que les commerçants tiennent des livres; elle n'impose pas la même obligation aux non-commerçants. Lorsqu'il convient à ces derniers d'avoir des registres, le juge ne saurait les contraindre à les

[1] V. Bonnier, Aubry et Rau, *loc. cit.;* Larombière, VI, p. 208 (art. 1331, n. 13, al. 2 ; Demolombe, XXXIX, n. 639.

[2] Toullier, VIII, n. 404; Duranton, XIII, n. 210.

[3] XIX, n. 355-356, p. 384-387. — Cpr. Marcadé, V, sur l'art. 1331, VI. — Pour justifier cette proposition que la partie intéressée peut demander la production des livres domestiques, Toullier et Duranton invoquent les lois 5 et 8 C., *De edendo* (II, 1), et, à l'appui de leur distinction entre les deux cas prévus par l'art. 1331, ils citent le second de ces textes. Mais le droit romain ne saurait avoir aucune autorité quand il s'agit d'interpréter les dispositions du Code civil relativement à une matière dans laquelle notre législateur a posé des principes qui diffèrent beaucoup de ceux du droit romain. Aussi Laurent fait-il observer qu'il s'abstient d'invoquer les lois sus-indiquées. XIX, n. 355, p. 385 *in med.*

produire, puisqu'ils auraient pu se dispenser d'en tenir. On objecte qu'en pratique la disposition de l'art. 1331 deviendra illusoire si la partie en faveur de laquelle les registres font foi n'a pas le droit d'en demander la représentation. Mais, d'abord, en tant qu'elle est faite par Toullier et Duranton, l'objection prouve trop, car elle conduirait à dire que les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner la production des livres d'un non-commerçant, non seulement lorsqu'il y aurait constatation d'un paiement reçu, mais aussi dans l'autre cas. Or Toullier et Duranton refusent d'aller jusque-là. De plus, nous pouvons répondre soit à ces deux auteurs, soit à Laurent, qu'il n'est point exact que, dans notre système, la disposition de l'art. 1331 devienne lettre-morte. Elle s'appliquera si les registres sont produits volontairement, ce qui a lieu quelquefois. En outre, le juge peut exceptionnellement ordonner la représentation des livres domestiques lorsqu'ils sont communs aux deux parties (1), ou lorsque celles-ci, au cours de la confection d'un inventaire, après décès ou pour cause d'absence, ont eu le soin de faire constater l'existence et la teneur des registres du défunt ou de l'absent. Laurent réplique, il est vrai, « que la preuve autorisée par l'art. 1331 est une preuve de droit commun, et que c'est méconnaître le texte de la loi que d'en faire une preuve exceptionnelle ». L'éminent jurisconsulte exagère, croyons-nous, la portée de notre texte. Sans doute la preuve dont l'art. 1331 parle dans sa seconde partie, appartient au droit commun, et le juge doit, en conséquence, toutes les fois que les registres domestiques

(1) Au cas de contestation entre une société de fait, par exemple une congrégation religieuse non autorisée, et l'héritier d'un de ses membres, la communication des registres et écritures tenues par ladite société doit être accordée à cet héritier. Toulouse, 9 juin 1877, joint à Req., 9 janvier 1878, S., 78. 1. 144, D. P., 78. 1. 85. La cour pose ce principe : « Attendu que si, par application de la règle « que nul n'est tenu » de produire contre soi », les tribunaux ne peuvent étendre les dispositions du Code de commerce aux livres domestiques et en ordonner la production, il en est autrement lorsque ces livres sont communs aux deux parties ». — Les juges peuvent ordonner la production, par un mandataire ou par un gérant d'affaires, de ses livres, notes et papiers, relatifs à sa gestion et dont l'examen est nécessaire pour la vérification de son compte, ces documents devant être considérés comme communs aux deux parties. Rennes, 26 février 1879, S., 80. 2. 214, D. P., 80. 2. 91.

sont représentés, observer les règles d'interprétation posées dans cet article; mais il ne s'ensuit point qu'il puisse toujours ordonner la production des livres d'un non-commerçant (1).

III. *Mentions écrites sur un titre et constatant soit la libération, soit une nouvelle obligation.*

2448. Le législateur s'exprime ainsi dans l'art. **1332** : « *L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur. — Il en est de même de l'écriture mise par le créancier au dos, ou en marge, ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur* ».

Les mentions dont il s'agit dans ce texte, n'étant ni signées ni datées, n'ont pas le caractère d'acte; mais, à raison de la place où elles ont été inscrites, le législateur a estimé avec raison qu'il convenait de leur reconnaître une certaine force probante (2).

Dans les deux cas prévus par l'art. **1332**, les écritures mises à la suite, au dos ou en marge d'un titre tendent à prouver une libération; mais, — bien que cela soit beaucoup plus rare, — il se peut que la mention inscrite à une pareille place ait pour but de constater une obligation. Si le législateur ne prévoit pas cette dernière hypothèse, Boiceau et Pothier (3), au contraire, s'en occupaient. Nous compléterons la loi en nous inspirant de ces jurisconsultes (4).

(1) Poujol, *op. cit.*, III, p. 158 *in med.*; Colmet de Santerre, V, n. 295 *bis* II; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 278, texte et note 16; Larombière, VI, p. 204-208 (art. 1331, n. 12); Demolombe, XXIX, n. 637; Arntz, III, n. 341; Huc, VIII, n. 262; Planiol, II, 1re édit., n. 116, 2e et 3e édit., n. 110. — Rennes, 31 mars 1849, S., 50. 2. 51, D. P., 49. 5. 367. — Cpr. Bonnier, *op. cit.*, n. 746. — Civ. rej., 15 février 1837, S., 37. 1. 424, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4238.

(2) « Avoir mis cette écriture sur le titre même, dit Bigot-Préameneu dans l'*Exposé des motifs*, c'est lui en avoir donné la force : c'est une sorte de déclaration faite à la justice, sous les yeux de laquelle ce qui a été ainsi écrit sur le titre ne peut plus en être divisé ». Fenet, XIII, p. 296 *in fine*; Locré, XII, p. 400, n. 199 *in fine*.

(3) « Ces écritures, dit Pothier, ou tendent à la libération, ou à une nouvelle obligation ». *Oblig.*, n. 761 (édit. Dupin, I, p. 449).

(4) V. *infra*, n. 2457.

A. *Mentions libératoires.*

N° 1. *Du cas où le titre appartient au créancier.*

2449. Le premier des deux cas prévus par l'art. 1332 est celui où, par sa nature, le titre sur lequel une mention libératoire a été ajoutée appartient au créancier et doit se trouver entre ses mains. Par exemple, *Primus*, au bas d'un billet par lequel *Secundus* a reconnu lui devoir 4.000 francs pour cause de prêt, a écrit ces mots : « Reçu acompte 2.000 francs », ou « Reçu les 4.000 francs pour acquit ». Cette mention, quoique non datée, ni signée, fera preuve en faveur du débiteur, parce qu'elle constate un aveu écrit de sa libération, émané du créancier. Mais cette force probante est subordonnée à deux conditions, que l'art. 1332, al. 1er, exige cumulativement. Nous allons les étudier.

2450. Il faut : 1° que l'écriture soit de la main du créancier (1) ; 2° que le titre soit toujours resté en la possession de celui-ci. Cependant, selon quelques auteurs, la mention écrite par un tiers sur le titre de créance ferait foi contre le créancier, lorsque ce titre est toujours resté en sa possession, et, de même, l'absence de cette dernière condition n'enlèverait pas au titre sa force probante, lorsque la mention a été écrite par le créancier. En un mot, la loi exigerait simplement tantôt l'une, tantôt l'autre des deux conditions. En présence des termes de l'art. 1332, cette opinion est insoutenable. Aussi ses partisans prétendent-ils que la rédaction de ce texte est vicieuse et qu'elle ne rend pas la pensée du législateur. A leur avis on doit ici se référer à l'opinion de Pothier (2). L'intention des rédacteurs du Code a été de la reproduire (3). Mais cette dernière allégation est

(1) A peine avons-nous besoin de dire que la mention libératoire écrite sur le titre, de la main d'un mandataire du créancier, doit être considérée comme écrite par le créancier lui-même. Le débiteur est admis, dans ce cas, à prouver par témoins ou à l'aide de simples présomptions l'existence du mandat exprès ou tacite par lequel le créancier a chargé un tiers d'écrire la mention, car il n'a pas pu s'en procurer une preuve par écrit. — Toullier, VIII, n. 354; Larombière, VI, p. 218 (art. 1332, n. 4); Demolombe, XXIX, n. 649.

(2) V. Pothier, *Oblig.*, n. 761 (édit. Dupin, I, p. 449).

(3) Toullier, VIII, n. 353; Duranton, XIII, n. 213. — Delvincourt enseigne, lui

manifestement inexacte. Il résulte, au contraire, des travaux préparatoires que le législateur de 1804 a repoussé le système de Pothier. L'alinéa 1er de l'art. 223 du projet (devenu l'al. 1er de l'art. 1332) était ainsi conçu : « L'écriture sous seing privé, mise à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en la possession du créancier, quoique non signée ni datée par celui-ci, fait foi, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur » (1). Le tribunal d'appel de Bordeaux fit très bien ressortir le danger qu'il y avait à reconnaître cette force probante à une mention écrite par un tiers, et il conclut en ces termes : « Nous pensons que toute note mise à la suite, en marge, ou au dos d'un titre, ne doit *jamais* constater la libération, *si elle n'est écrite de la main du créancier, ou du moins signée par lui* » (2). Prenant en considération cette critique, la section de législation ajouta ces mots « *mise par le créancier* », et elle crut néanmoins devoir maintenir ceux-ci : « *qui est toujours resté en sa possession* ». Au surplus, il n'est point difficile d'expliquer ce changement, car il y a d'excellentes raisons pour préférer le système du Code à celui de Pothier. Et d'abord pourquoi faut-il que l'écriture soit de la main du créancier? Parce que, si elle émane d'un tiers, elle a pu être frauduleusement apposée à l'insu du créancier, pendant sa maladie ou son absence, même sans déplacement du titre, c'est-à-dire sans qu'il en perdît la possession. Et pourquoi faut-il en outre que le créancier ait conservé la possession du titre? Parce qu'il arrive souvent qu'un créancier, avant d'être payé, mentionne le paiement sur le titre, le quittance à l'avance, quand il le remet à un tiers pour en opérer le recouvrement. Tel est l'usage constant des commer-

aussi, que, lorsque le titre est resté en la possession du créancier, il importe peu que la mention libératoire ait été inscrite par un tiers; mais il estime que, même dans le cas où cette mention est de la main du créancier, le titre doit être resté en sa possession, II, p. 617, 618 (sect. 1re, § 1, notes). — D'après Marcadé, on doit faire abstraction de ces mots de l'art. 1332, « *qui est resté en sa possession* »; il suffit, mais il est toujours nécessaire que la mention ait été « *mise par le créancier* ». V. sur l'art. 1332, I, II et III. — Notre réfutation du système de Toullier et de Duranton conduit aussi à rejeter ceux de Delvincourt et de Marcadé.

(1) Fenet, II, p. 193 et 600.

(2) Fenet, III, p. 192 *in fine* et p. 193.

çants : ils écrivent un acquit sur les effets de commerce qu'ils envoient à l'encaissement (1).

Le système du Code n'offre, d'ailleurs, aucun inconvénient, car la mention libératoire écrite par le créancier sur le titre qui n'est pas resté en sa possession peut toujours former un commencement de preuve par écrit, qui rend admissibles soit la preuve testimoniale, soit les simples présomptions. Elle réunit, en effet, les conditions exigées par l'art. 1347, alinéa 2 (2).

2451. Cette circonstance que le titre se trouve actuellement en la possession du créancier, doit faire présumer qu'il y est toujours resté. Il incombe alors au créancier ou à ses héritiers de faire la preuve contraire. Pour cela, ils doivent nécessairement établir que le titre, revêtu d'avance d'un acquit, a été confié par le créancier à un tiers pour le recouvrement de la créance et qu'il lui est revenu impayé. C'est dans ce cas, en effet, comme nous l'avons expliqué, que la loi ne présume pas la libération.

Mais la possession du créancier ne saurait être considérée comme interrompue si le titre était sorti de ses mains pour tout autre motif, notamment par suite d'un dépôt, d'un nantissement, d'un mandat général d'administration, ou pour une communication en justice. Dans ces diverses hypothèses, il n'y a aucune raison pour que les mentions libératoires ne fassent pas foi en faveur du débiteur. C'est donc vainement que le créancier offrirait la preuve d'un de ces derniers faits (3).

(1) Colmet de Santerre, V, n. 297 *bis*-I, al. 2, et n. 297 *bis*-II ; Mourlon, II, n. 1577 ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 279, texte et note 18 ; Larombière, VI, p. 214-217 (art. 1332, n. 3) ; Demolombe, XXIX, n. 645-647 ; Laurent, XIX, n. 358-359 ; Arntz, III, n. 342 ; Thiry, III, n. 141 ; Huc, VIII, n. 253 ; Colmar, 6 mars 1810, S. chr., V. 2. 109, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4247 et 2569-2°. — *Adde* Bonnier, *op. cit.*, n. 749-750. Ce dernier auteur avait d'abord enseigné la même doctrine que Toullier et Duranton.

(2) Bonnier, *op. cit.*, n. 750 *in fine* ; Colmet de Santerre, V, n. 297 *bis*-II, al. 2 ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 280, note 18 *in fine* : Demolombe, XXIX, n. 648 ; Laurent, XIX, n. 360.

(3) Larombière, VI, p. 219, *in fine*, 220 et 221 (art. 1332, n. 5, al. 3 s.) ; Demolombe, XXIX, n. 650.

N° 2. *Du cas où le titre appartient au débiteur.*

2452. Le second cas dont s'occupe l'art. 1332 est celui où le titre sur lequel des mentions libératoires ont été ajoutées appartient au débiteur. Ces mentions font preuve, comme les précédentes, quoiqu'elles ne soient ni signées, ni datées, et leur force probante est soumise à deux conditions analogues : il faut qu'elles soient écrites de la main du créancier, et, en outre, que le titre qui les porte soit en la possession du débiteur.

L'art. 1332, al. 2, applique cette doctrine à deux espèces de titres : aux actes rédigés en plusieurs originaux et aux quittances. La rédaction de ce texte laisse d'ailleurs beaucoup à désirer : il parle, en effet, du « double d'un titre *ou d'une quittance* ». Or, les quittances ne sont rédigées qu'en un seul original.

Le législateur suppose d'abord que le créancier a écrit une mention libératoire sur le double de son titre, non pas, bien entendu, sur celui qui est en sa possession — on retomberait dans le cas prévu par le premier alinéa — mais sur celui qui est en la possession du débiteur. Ainsi le vendeur a mentionné sur le double de l'acheteur le paiement soit des intérêts, soit d'une partie du prix ; ou bien l'acheteur a constaté par une simple note, insérée sur le double du vendeur, la livraison de la chose ou des marchandises achetées.

Notre texte suppose ensuite que la mention libératoire non signée a été ajoutée par le créancier en marge, au bas ou au dos d'une quittance régulière, qui avait été délivrée au débiteur à la suite d'un précédent paiement. Ainsi j'ai donné à mon débiteur une quittance en règle pour constater le versement d'un premier acompte, et, au bas de cette quittance, se trouve mentionné de ma main un paiement d'un second acompte ou du reliquat de la somme due.

Tel est le sens de l'art. 1332, dont la formule obscure et amphibologique est éclairée par le passage de Pothier auquel il a été emprunté : « *Quid* si l'acte est entre les mains du débiteur, se demande le grand juriconsulte : *puta,* si au bas, au dos ou en marge d'un traité de vente fait double, qui est

entre les mains de l'acheteur, débiteur du prix, il se trouve des reçus non signés? Ces écritures feront pleine foi si elles sont de la main du créancier; ces quittances étant sur l'acte même qui renferme l'obligation, elles ont plus de force que des quittances non signées, données sur une feuille volante. Il en est de même des quittances non signées, écrites de la main du créancier, qui seraient à la suite d'une précédente quittance signée » (1).

2453. Larombière et Laurent estiment que la mention libératoire mise par le créancier sur une quittance en forme, précédemment délivrée, fait foi en faveur du débiteur, alors même que cette quittance se trouve entre les mains du créancier. Ces deux auteurs se fondent sur ce que ces mots « pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur » ne peuvent s'appliquer à la précédente quittance, car, en ce qui la concerne, il ne peut être question de double (2). Mais c'est donner beaucoup trop d'importance à une rédaction qui — nous venons de le voir — est très défectueuse. Il convient d'autant moins d'admettre cette interprétation que, si l'on rapproche les explications de Pothier du texte de la loi, on ne peut pas douter que les deux conditions soient exigées dans notre hypothèse. D'ailleurs, que la mention libératoire soit portée sur le double du titre ou sur une quittance antérieurement fournie, le fait que le créancier a retenu la pièce sur laquelle il l'a écrite, paraît bien indiquer que le paiement n'a pas eu lieu (3).

2454. Supposons que le double revêtu de la mention libératoire ne se trouve entre les mains ni de l'une ni de l'autre des parties, mais entre celles d'un tiers. On s'accorde à décider que, dans cette hypothèse, la mention ne peut servir que de commencement de preuve par écrit (4).

2455. Les mentions libératoires dont s'occupe l'art. 1332

(1) *Oblig.*, n. 762.

(2) Larombière, VI, p. 224 (art. 1332, n. 8); Laurent, XIX, n. 364.

(3) Bonnier, *op. cit.*, n. 751; Marcadé, V, sur l'art. 1332, IV et V; Colmet de Santerre, V, n. 297 *bis*-III; Demolombe, XXIX, n. 655; Thiry, III, n. 141, p. 166 *in medio;* Huc, VIII, n. 263 *in fine*.

(4) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 281, note 19 *in fine;* Demolombe, XXIX, n. 658.

cessent-elles de faire preuve en faveur du débiteur quand elles ont été barrées ou biffées ? L'affirmative est admise par tous les auteurs pour le second des cas prévus par notre texte. On justifie cette solution en faisant valoir, avec Pothier (1), que, selon toutes les vraisemblances, si le paiement avait été véritablement effectué, le débiteur n'aurait pas laissé biffer ou bâtonner la mention libératoire inscrite sur un titre qui se trouve entre ses mains (2).

Mais on discute sur le point de savoir s'il faut décider de même relativement au premier des cas dont s'occupe le législateur. Pothier pensait qu'il ne devait pas être au pouvoir du créancier ni encore moins de ses héritiers d'anéantir la preuve du paiement en barrant ou biffant l'écriture mise par lui sur le titre qui était en sa possession (3). Une partie de la doctrine moderne s'est rangée à cet avis (4). Mais plusieurs auteurs se prononcent en sens contraire, et ils nous paraissent avoir raison. Cette circonstance même que le créancier a biffé ou bâtonné la mention libératoire doit faire présumer qu'il l'avait inscrite d'avance sur le titre en confiant celui-ci à un tiers pour le recouvrement de la créance, et qu'ensuite il l'a supprimée, le paiement n'ayant pas eu lieu. On ne saurait, dans ces conditions, maintenir à la mention sa force probante (5).

2456. Si les mentions libératoires inscrites par le créancier à la suite, en marge ou au dos du titre qui est toujours resté en sa possession, ou d'une quittance, ou du double qui se trouve entre les mains du débiteur, fait foi en faveur de ce dernier, il n'en est pas moins vrai que, n'étant pas signées, elles ne sauraient constituer un acte proprement dit. Aussi,

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 762 *in fine* (édit. Dupin, I, p. 450).

(2) Duranton, XIII, n. 420; Bonnier, *op. cit.*, n. 753; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 281, texte et note 20; Demolombe, XXIX, n. 656.

(3) Pothier, *op. cit.*, n. 761 *in fine* (édit. Dupin, I, n. 449).

(4) Duranton, XIII, n. 221; Larombière, VI, p. 226 (art. 1332, n. 10); Laurent, XIX, n. 361.

(5) Toullier, VIII, n. 356; Bonnier, *loc. cit.*; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 281, texte et note 21; Demolombe, XXIX, n. 651. — Cpr. Req., 11 mai 1819, S. chr., VI. 1. 72, D., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 4255-1o. — Civ. cass., 23 décembre 1828, S. chr., IX. 1. 205, D., *op.* et vo *cit.*, n. 4255-2o.

alors même qu'elles sont intactes, le créancier auquel on les oppose peut, indépendamment de tout commencement de preuve par écrit, nonobstant les dispositions des art. 1341, 1347 et 1353, prouver contre et outre leur teneur et par conséquent établir, au moyen de la preuve testimoniale ou de simples présomptions, que c'est par erreur qu'il les a écrites. Tous les auteurs admettent cette solution relativement à la mention libératoire mise sur le titre qui est toujours resté en la possession du créancier (1). Mais Aubry et Rau se prononcent en sens contraire pour le cas prévu par le second alinéa de l'art. 1332 : « En effet, disent-ils, par cela seul que la mention libératoire a été mise à la suite d'une quittance ou sur le double qui se trouve entre les mains du débiteur, cette mention ne peut plus être considérée comme étant l'œuvre spontanée du créancier seul, et revêt, en quelque sorte, le caractère d'un acte proprement dit » (2). Cette distinction n'est pas fondée. Peu importe que la mention ait les apparences d'un fait conventionnel. Le législateur suppose qu'elle n'est pas signée; or, en l'absence de signature, elle ne saurait constituer un acte proprement dit. Donc, au point de vue de la preuve, la situation du créancier est la même dans les deux cas prévus par l'art. 1332 (3).

B. *Des mentions constatant une nouvelle obligation.*

2457. Parlons maintenant des additions faites sur le titre et non signées qui mentionnent, soit une nouvelle obligation née au profit du même créancier, soit une augmentation ou un supplément de créance.

Il est évident que, si de pareilles écritures sont de la main du créancier, elles n'ont aucune force probante, nul ne pou-

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 282, texte et note 22; Larombière, VI, p. 225-226 (art. 1332, n. 9); Demolombe, XXIX, n. 657; Huc, VIII, n. 264; Beltjens, sur l'art. 1332, n. 10. — Req., 20 janvier 1891, S., 91. 1. 115, D. P., 91. 5. 426.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 282, texte et note 23.

(3) Larombière, Demolombe, Huc, Beltjens, *loc. cit.* — Il est à remarquer que, dans l'arrêt du 20 janvier 1891, précité, la cour de cassation paraît bien ne pas distinguer entre les deux cas; elle dit, en effet, que *les dispositions* de l'art. 1332 ne rentrent pas « dans l'ordre des présomptions contre lesquelles la preuve contraire n'est pas admise ».

vant se créer un titre à soi-même. Au surplus, il en serait ainsi lors même qu'elles seraient signées.

La question présente au contraire de l'intérêt si les additions dont il s'agit sont de la main du débiteur. Le législateur ne prévoit pas l'hypothèse. Mais Boiceau et, après lui, Pothier faisaient, à son sujet, une distinction qui est certainement rationnelle : si le nouvel engagement n'est que le développement de l'obligation primitive, il se confond avec elle, et alors la nouvelle écriture fait foi comme le titre. Tel est, par exemple, le cas si, au bas d'un acte qui porte : « Je reconnais devoir à Pierre 2.000 francs qu'il m'a prêtés », le débiteur ajoute : « Je m'engage à lui servir les intérêts à 5 p. 100 », ou : « Je promets de rembourser ladite créance à telle échéance », ou même : « Je reconnais que Pierre m'a prêté encore 1.000 francs ». Il y a, dans ce cas, suivant les expressions de Boiceau, *unus et continuatus actus, ad idem signum pariter relatus*. Mais, au contraire, si le nouvel engagement est tout à fait indépendant de l'obligation contenue dans le titre, la mention additionnelle, ne se rattachant pas à l'écriture signée, ne saurait emprunter une force probante à la signature qui la précède, et, en conséquence, elle doit être considérée comme un simple projet auquel on n'a pas donné suite, *nudam tantum et imperfectam scripturam*, comme dit encore Boiceau, *in quâ fortasse scribens perseverare noluerit* (1).

Aujourd'hui, si, dans le silence de la loi, cette distinction n'est pas obligatoire pour le juge, elle lui fournit, du moins, un moyen d'interprétation dont il a certainement le pouvoir d'user, et, par suite, la décision à laquelle il donnerait cette distinction pour base ne serait point illégale (2).

2458. Mais que faudrait-il décider si le créancier, sans d'ailleurs signer, mentionnait sur le titre une obligation à sa propre charge? Cette mention ne ferait pas foi. Elle pourrait seulement former un commencement de preuve par écrit. En principe, pour constater une obligation, il faut un acte, et, par conséquent, la signature est nécessaire. C'est exclusive-

(1) Boiceau, *op. cit.*, 2e part., chap. II, n. 3; Pothier, *Oblig.*, n. 763-764.
(2) Bonnier, *op. cit.*, n. 754; Demolombe, XXIX, n. 660.

ment dans les cas déterminés par le législateur qu'un écrit non signé peut faire preuve complète. Or l'art. 1332 ne vise que l'annotation déclarant le débiteur libéré. On n'est pas autorisé à étendre la disposition de ce texte à l'écriture mentionnant une obligation à la charge du créancier [1].

APPENDICE A L'ÉTUDE DES ÉCRITURES PRIVÉES

DES LETTRES MISSIVES ET DES TÉLÉGRAMMES

2459. Pothier ne mentionne pas les lettres missives au nombre des moyens de preuve. Cela s'explique par ce fait qu'à son époque les correspondances privées étaient relativement rares. Notre législateur l'a imité sur ce point. Mais, au XIXe siècle, l'usage de ces lettres s'est considérablement développé. De là plusieurs questions importantes que les tribunaux ont dû résoudre.

Au cours du même siècle, la télégraphie électrique a fait son apparition. L'emploi de ce nouveau mode de correspondance n'a pas tardé à entrer dans les mœurs de tous les peuples civilisés, et il a fait naître, lui aussi, en matière de preuve, des problèmes délicats.

Il nous faut donc parler des lettres missives et des télégrammes.

A. *Des lettres missives* [2].

N° 1. *De la production des lettres missives en justice.*

2460. En principe, le destinataire d'une lettre missive,

[1] Larombière, VI, p. 215 (art. 1332, n. 2); Laurent, XIX, n. 362.

[2] V. sur cette matière, Hepp, *De la correspondance privée postale ou télégraphique dans ses rapports avec le droit civil et le droit commercial*, Strasbourg, 1864, in-8; Wurth, *Des principes de droit qui régissent les lettres missives et les télégrammes* (discours de rentrée à la cour d'appel de Gand, 16 oct. 1862); Vanier, *Des lettres missives, Rev. prat.*, année 1866, XXI, p. 80 s.; Rousseau (Rodolphe), *Tr. théor. et prat. de la correspondance par lettres missives et télégrammes*, 2e édit., Paris, 1877, in-8°; Abadie, *De la propriété des lettres missives et de leur utilité au point de vue juridique* (thèse), Toulouse, 1882, in-8°; Baudoin, *Discours de rentrée à la cour d'appel de Lyon*, 2 nov. 1883, Lyon, 1883, in-8°; Tissier (Albert), *La propriété et l'inviolabilité des lettres missives* (thèse), Paris, 1885, in-8°; Stoffel, *Des lettres missives* (thèse), Nancy, 1886, in-8°;

même quand elle est confidentielle [1], n'en est pas simplement dépositaire, car l'envoi de cette lettre lui a été fait *animo donandi*, et l'expéditeur ne pourrait pas agir contre lui en restitution. Il ne serait même pas exact de dire avec certains arrêts qu'une fois reçue, la lettre, si du moins elle a un caractère confidentiel, appartient en commun à son auteur et au destinataire [2]. Rien n'autorise à présumer que le premier a entendu s'en réserver la copropriété, et, par conséquent, le second en est seul propriétaire [3].

Voillaume, *Du respect dû à la correspondance* (thèse), Paris, 1888, in-8°; Teullé, *De la propriété des lettres missives;* Breton, *De la propriété et de l'inviolabilité du secret des lettres* (thèse), Bordeaux, 1889, in-8°; Hanssens, *Du secret des lettres*, Bruxelles, 1890, in-8°; Girault (Arthur), *Tr. des contrats par correspondance*, Paris, Larose et Forcel, éditeurs, 1890, in-8°; Chauvel, *Le secret et la propriété de la correspondance*, Grenoble, 1891, in-8°; Legris, *Du secret des lettres missives, de leur propriété, de leur production en justice*, 1894, 2e édit., in-8°; Péret, *L'inviolabilité du secret des lettres* (thèse), 1895, in-8°; Valéry, *Des contrats par correspondance*, Paris, Thorin, éditeur, 1895, in-8°; Planiol, 1re édit., II, n. 113-115, p. 35-36, 2e édit., I, n. 1226-1232, p. 433-434, et II, n. 107-109, p. 35-36, 3e édit., I, n. 2551-2556, p. 815-816, et II, n. 107-109, p. 39-40.

(1) V. cependant Limoges, 17 juin 1824, S. chr., VII. 2. 383, D., *Répert. alph.*, v° *Lettre missive*, n. 28. — Paris, 11 juin 1875, S., 75. 2. 200, D., *Suppl.*, au *Rép. alph.*, v° *Divorce et séparation de corps*, n. 415. — Trib. Rennes, 8 mars 1880, joint à Req., 9 fév. 1881, S., 81. 1. 193, D. P., 82. 1. 73. — Bordeaux, 2 août 1882, D. P., 84. 2. 59. — Rouen, 19 mars 1889, *La Loi*, du 2 oct. 1889. — Paris, 12 avril 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 94. — V. dans le même sens, Hepp, *loc. cit.;* Baudouin, *op. cit.;* Pouillet, Saint-Martin et Pataille, *Dict. de la propr. indust., artist. et littér.*, v° *Lettre*, n. 5; *Rev. de dr. belge*, 1888, p. 822 s.

(2) Besançon, 30 déc. 1862, D. P., 63. 2. 63. — Nancy, 11 mars 1869, D. P., 69. 2. 223. — Rennes, 26 juin 1874, S., 75. 2. 34. — Trib. Nice, 25 juin 1889, *Gaz. des Trib.*, 21 juill. 1889. — Nancy, 11 mars 1890, D. P., 91. 2. 266. — Trib. com. Nantes, 26 mars 1892, *Rec. Nantes*, 92. 1. 253. — Trib. Toulouse, 12 juill. 1893, *Gaz. des trib. du Midi*, 7 janv. 1894. — Nantes, 22 juin 1898, *Rec. Nantes*, 1899. 1. 144; 7 déc. 1901, *Rec. Nantes*, 1902. 1. 137. — V. dans le même sens de Cormenin, *Rev. crit.*, 1851, p. 104.

(3) Merlin, *Répert.*, v° *Vente*, § 1, art. 3, n. 11 *bis;* Massé, *Dr. comm.*, IV, p. 345; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 289, texte et note 2; Larombière, VI, p. 210 (art. 1331, n. 14); Vanier, *op. cit.*, *Rev. prat.*, 1866, p. 88 et 89; Rousseau, *op. cit.*, n. 5-6; Labbé, note sous Req., 9 fév. 1881, S., 81. 1. 193; Tissier, *op. cit.*, n. 35 s.; Huc, VIII, n. 256 *bis;* Legris, *op. cit.*, n. 32; Hanssens, n. 173 s.; Girault, *op. cit.*, n. 136; Péret, *op. cit.*, n. 48; Valéry, *op. cit.*, n. 337. — Req., 12 juin 1823, D., *Rép. alph.*, v° *Paternité et filiation*, n. 621. — Amiens, 21 fév. 1839, D., *op. cit.*, v° *Lettre missive*, n. 7. — Limoges, 19 avril 1844, S., 45. 2. 654, D. P., 45. 4. 53. — Caen, 3 juin 1862, D. P., 62. 2. 129. — Toulouse, 6 juil. 1880, S., 81. 2. 115, D., *Suppl.*, au *Répert. alph.*, v° *Lettre missive*, n. 29. — Req., 9 fév. 1881, S., 81. 1. 193, D. P., 82. 1. 73. — Paris, 16 juin 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 2. 195;

Cependant il ne s'ensuit point que le droit, pour le destinataire, de se prévaloir de la lettre dans un procès soit absolu ni que son consentement suffise toujours pour qu'un tiers puisse en faire usage.

Quelles sont donc les personnes qui peuvent produire en justice des lettres missives et à quelles conditions le peuvent-elles ? Pour répondre à cette double question, nous devons distinguer entre le destinataire et les tiers.

a. Quel est le droit du destinataire ?

1° *Production faite par le destinataire contre l'auteur de la lettre.*

2461. Il faut poser en principe que le destinataire d'une lettre missive peut l'invoquer comme preuve contre celui qui

7 nov. 1888, *Gaz. Pal.*, 89. 1. 30. — Rouen, 29 mars 1889, *Rec. de Rouen*, 89. 1. 118. — Mais le principe que la lettre missive est la propriété du destinataire n'est pas absolu : il cesse de s'appliquer lorsque l'intention des parties est différente. Et il en est ainsi quand l'auteur a expliqué dans la lettre même le désir qu'elle fût détruite ou qu'elle lui fût rendue. — Req., 9 fév. 1881, précité. — *Sic* Vanier, *op. cit.*, p. 92 ; Hanssens, *op. cit.*, n. 174 ; Breton, *op. cit.*, p. 153 ; Péret, *op. cit.*, n. 51 ; Valéry, *op. cit.*, n. 338. — La dérogation peut même résulter des circonstances de la cause, notamment des relations qui existent entre les parties. C'est ainsi que la correspondance échangée pour les besoins du commerce entre un patron et son voyageur, appartient au patron. Trib. com. Seine, 14 fév. 1900, *Le Droit*, du 6 avril 1900. — *Adde* dans le même sens Bordeaux, 12 mars 1842, D., *Répert. alph.*, v° *Lettre missive*, n. 3. — Douai, 24 juin 1874, S., 75. 2. 51, D. P., 75. 2. 95. — Besançon, 27 mars 1889, D. P., 90. 2. 17. — *Sic* Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 3 ; Rousseau, *op. cit.*, n. 8 ; Girault, *op. cit.*, n. 138 ; Valéry, *loc. cit.* : Hanssens, *op. cit.*, n. 175. — Au décès du destinataire, la propriété de la lettre missive passe comme celle de tous les autres biens, à ses héritiers et successeurs. Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 290 ; Pouillet, *Propriété littéraire et artistique*, n. 393 ; Tissier, *op. cit.*, p. 61 *in fine* et p. 62 ; Hanssens, *op. cit.*, n. 194 ; Legris, *op. cit.*, n. 99. — Cependant, d'après quelques décisions judiciaires, il en serait autrement pour les lettres confidentielles. Le caractère de ces lettres s'opposerait, par lui-même, à ce que la propriété de celles-ci fût héréditairement transmissible. En effet, dit-on, l'auteur d'une lettre confidentielle s'adresse exclusivement au destinataire. L'auteur d'une pareille lettre pourrait donc, au décès du destinataire, la réclamer et empêcher les héritiers de ce dernier d'en faire usage et même d'en prendre connaissance. Orléans, 29 juillet 1896, S., 96. 2. 248, D. P., 97. 2. 209. — Nous ne saurions admettre cette théorie. Le destinataire d'une lettre confidentielle en est propriétaire sous la seule réserve de n'en divulguer le secret que dans un intérêt légitime. Il la transmet donc à ses héritiers et successeurs. Tissier, *op. cit.*, p. 62 s. ; Hanssens, *op. cit.*, n. 194 s. ; Legris, *op. cit.*, n. 103 s. et Dissertation dans D., 97. 2. 209, note 2. — Toulouse, 6 juill. 1880, précité. — V. aussi Paris, 15 déc. 1875, *Gaz. des Trib.*, 18 déc. 1875. — Trib. civ. Seine, 7 nov. 1887, *Gaz. des Trib.*, 18 nov. 1887. — Paris, 10 juin 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 2. 195.

l'a écrite. Dans un procès, chacune des parties est admise à se prévaloir de la correspondance qui lui a été adressée par son adversaire.

Il ne faut pas, croyons-nous, restreindre, comme le font quelques auteurs (1), le droit du destinataire au cas où la lettre est non confidentielle, car il est inadmissible que l'expéditeur puisse, en ajoutant une confidence à une reconnaissance de dette ou à l'acceptation d'une offre, mettre le destinataire dans l'impossibilité de prouver sa créance ou la conclusion du contrat. Une pareille solution aurait le grave défaut de favoriser la fraude (2).

Toutefois l'application de notre règle suppose que le destinataire a un intérêt sérieux et légitime à verser la lettre aux débats (3).

C'est ainsi qu'il peut en faire usage pour établir soit un engagement pris envers lui par l'expéditeur, soit une remise de dette à lui faite par ce dernier. Il doit être admis aussi à l'invoquer pour faire la preuve d'un préjudice que l'auteur lui a causé (4). Il peut notamment se prévaloir de la lettre dans le cas où elle constitue à son égard un délit d'injure ou d'outrage dont il demande la réparation (5).

(1) Merlin, *Répert.*, v° *Lettre*, n. 6; Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Lettre*, n. 258; Rolland de Villargues, *Répert. du not.*, v° *Lettre*, n. 7; Huc, VIII, n. 256 *bis*; Valéry, *op. cit.*, n. 341. — Req., 5 mai 1897, S., 1901. 1. 454, D. P., 97. 1. 385. — Telle est aussi l'opinion des anciens auteurs. V. Denizart, v° *Lettre*; Jousse, *Just. crim.*, I, p. 744; Brillon, *Dict. des arrêts*, v° *Lettre*; Guyot, *Rép.*, v° *Lettre*, n. 6.

(2) Rousseau, *op. cit.*, n. 56; Tissier, *op. cit.*, p. 73; Hanssens, *op. cit.*, n. 214; Girault, *op. cit.*, p. 139; Legris, *op. cit.*, n. 150; Péret, *op. cit.*, n. 85. — Cpr. Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 289-290, texte et note 2; Larombière, VI, p. 210 (art. 1331, n. 14). — Trib. civ. Bordeaux, 15 juin 1903, *Journ. arr. de Bordeaux*, 1903. 3. 79, *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 418.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 290; Tissier, *op. cit.*, p. 74. — Cpr. Larombière, VI, p. 210 *in fine* (art. 1331, n. 14, al. 3).

(4) Caen, 10 juin 1862, S., 65. 1. 33, D. P., 62. 2. 129. — Cpr. Req., 5 mai 1897, précité.

(5) Merlin, *Rép.*, v° *Injure*, § 4, n. 8; Hepp, *op. cit.*, n. 94; Aubry et Rau, 4e édit., *loc. cit.*; Vanier, *op. cit.*, p. 96; Hanssens, *op. cit.*, p. 244; Péret, *op. cit.*, n. 61. — Bourges, 30 oct. 1899, S., 1900. 2. 38. — Trib. civ. Bordeaux, 15 juin 1903, *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 418. — Il en est ainsi même quand la lettre porte qu'elle est confidentielle. — Limoges, 12 fév. 1894, S., 95. 2. 17 (note de M. Albert Tissier en sens conforme), D. P., 95. 2. 537 (note de M. Valéry, en sens conforme). —

Une lettre peut encore être produite en justice par le destinataire contre l'auteur, malgré l'opposition de ce dernier, lorsqu'elle est apportée comme moyen de preuve de la simulation d'un acte passé entre les parties (1).

Mais la production de la lettre ne doit pas être autorisée si elle n'offre pas pour le destinataire un intérêt de ce genre, et, à plus forte raison, si elle n'est tentée que dans l'intention de nuire à l'expéditeur (2).

Les juges du fond jouissent à cet égard d'un pouvoir d'appréciation souverain (3).

2° Production en justice par le destinataire contre un tiers.

2462. Si la lettre n'est pas confidentielle, le destinataire peut toujours la produire en justice contre une personne autre que celle qui l'a écrite. Si, au contraire, la lettre a un caractère intime, le destinataire ne peut en faire usage contre un tiers qu'en justifiant de l'autorisation de l'expéditeur. Dans ce cas, le droit de propriété du destinataire doit fléchir devant le principe de l'inviolabilité du secret des correspondances privées (4), et, par conséquent, non seulement l'auteur peut intervenir pour empêcher la production de la lettre, mais encore la partie à qui celle-ci est opposée, peut, en excipant de sa nature confidentielle, demander qu'elle soit écartée des débats (5).

b. A quelles conditions les tiers peuvent se prévaloir des lettres missives.

2463. Un tiers ne peut faire usage d'une lettre qu'avec l'autorisation du destinataire. Il s'ensuit que le tiers, en pos-

Jugé que l'auteur d'une lettre missive injurieuse pour le destinataire commet un acte illicite qui le rend passible de dommages-intérêts. C. de just. civ. de Genève, 19 mai 1894, et Trib. de Genève, 25 janv. 1895, S., 95. 4. 16.

( ) Req., 5 mai 1897, précité

(2) Bruxelles, 29 janv. 1873, *Pasicr. belge*, 73. 2. 300. — Req., 3 fév. 1873, S., 73. 1. 313, D. P., 73. 1. 467. — Orléans, 29 juil. 1896, S., 96. 2. 248, D. P., 97. 2. 209.

(3) Req., 3 fév. 1873, précité.

(4) Tissier, *op. cit.*, p. 75; Hanssens, *op. cit.*, n. 216 s.; Legris, *op. cit.*, n. 99; Peret, *op. cit.*, n. 84 et 87.

(5) Besançon, 27 mars 1889 (motifs), D. P., 90. 2. 176. — Cpr. Dissertation de M. Valéry, D. P., 95. 2. 537.

session d'une lettre qui ne lui a pas été remise par le destinataire lui-même, n'a le droit de la produire en justice que s'il obtient le consentement de ce dernier. Cette solution ne doit pas être restreinte au cas où c'est par l'effet d'un délit ou de manœuvres dolosives que la lettre est parvenue entre les mains du tiers. Il faut l'admettre même quand ce fait est la conséquence d'une simple erreur (1).

Au surplus, par cela seul qu'il y a opposition de la part du destinataire, le tiers n'a pas le droit de faire usage de la lettre, ne fût-elle pas de nature confidentielle. Si, en pareil cas, il la produisait en justice, il y aurait violation du droit de propriété (2).

Mais il n'est pas besoin que le consentement du destinataire soit donné expressément. On peut l'induire de circonstances de la cause, et même la simple possession de la lettre par le tiers, en cas de non opposition du destinataire, suffit pour le faire présumer (3). Dans cet ordre d'idées le tribunal de la Seine, par un jugement du 9 janvier 1882, est allé jusqu'à juger que le destinataire qui a remis les lettres à un tiers et les lui a laissées très longtemps, ne peut plus les revendiquer pour en empêcher la production (4).

2464. Cependant, lorsque, à raison de son objet, une lettre est commune à un tiers, celui-ci peut, alors même que

(1) Rennes, 26 juin 1874, S., 75. 2. 34, D., 76. 1. 183, et, sur pourvoi, 3 mai 1875, S., 75. 1. 197, D. P., *ibid.* — Peu importe, par conséquent, lorsque la lettre est sortie des mains du destinataire par suite d'un dol ou de manœuvres dolosives, que le tiers soit demeuré étranger à ces moyens illicites. Req., 21 juill. 1862, S., 62. 1. 926, D. P., 62. 1. 521. — Dijon, 3 avril 1868, S., 69. 2. 46, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Lettre missive*, n. 79.

(2) Massé, *Dr. comm.*, IV, n. 2463-2464; Bonnier, *op. cit.*, n. 694; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 290 *in fine* et p. 291, note 7; Larombière, VI, p. 211 (art. 1331, n. 14); Demolombe, XXIX, n. 664; Vanier, *op. cit.*, p. 97; Rousseau, *op. cit.*, n. 405); Tissier, *op. cit.*, p. 78; Girault, *op. cit.*, n. 140; Legris, *op. cit.*, n. 100, p. 126; Hanssens, *op. cit.*, n. 226; Peret, *op. cit.*, n. 82. — Req., 12 juin 1823, S. chr., VII. 1. 267. — Dijon, 3 avril 1868, précité. — Civ. rej., 19 juin 1895, S., 95. 1. 325, D. P., 96. 1. 20.

(3) Tissier, *op. cit.*, n. 78; Legris, *op. cit.*, p. 100; Hanssens, *op. cit.*, n. 235; Peret, *op. cit.*, n. 82. — Trib. civ. Lyon, 29 oct. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 724. — Cpr. Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 290.

(4) *Gaz. Trib.* du 10 janv. 1882. — *Adde* Paris, 2 déc. 1898, D. P., 1900. 2. 299. — Sic Tissier, Legris, *loc. cit.* — V. cependant Hanssens, *op. cit.*, n. 235.

le destinataire s'y oppose, en faire usage, à moins qu'il n'en soit devenu détenteur par un moyen illicite (1).

On admet d'ailleurs sans difficulté que le tiers, possesseur d'une lettre qui ne lui est pas adressée, a le droit d'en faire usage quand il ressort de son objet ou de son contenu qu'elle a été écrite dans son intérêt ou pour lui être communiquée par le destinataire (2).

Il faut décider de même lorsque ce dernier, en représentant la lettre dans une instance où figurait un tiers, l'a rendue commune à celui-ci (3). Ainsi, quand le destinataire, appelé en garantie, a produit la lettre en justice dans l'intérêt de sa défense personnelle, le demandeur peut lui-même l'invoquer à l'appui de sa prétention (4).

2465. Quand la lettre a un caractère confidentiel, le consentement du destinataire ne suffit pas. Il faut, en outre, celui de l'auteur (5). Et cette solution doit être admise lors même

(1) Massé, *op. cit.*, n. 2465; Larombière, Demolombe, Girault, *loc. cit.* — Req., 19 juill. 1843, S., 44. 1. 236, D., *Rép. alph.*, v° *Lettre missive*, n. 10.

(2) Req., 3 juillet 1850, S., 50. 1. 705, D. P., 50. 1. 209. — Civ. rej., 26 juillet 1864, S., 65. 1. 33, D. P., 64. 1. 347. — Besançon, 8 février 1844, S., *ibid.*, *ad notam.*, D. P., 45. 4. 336. — Bruxelles, 26 janvier 1874, *Belg. judic.*, 74. 340. — Trib. Seine, 9 février 1882, *Gaz. Pal.*, 82. 1. 350. — *Sic* Rousseau, *op. cit.*, n. 42; Tissier, *op. cit.*, p. 77; Baudoin, *op. cit.*, p. 34; Hanssens, *op. cit.*, n. 227; Legris, *op. cit.*, n. 101; Peret, *op. cit.*, n. 90. — Cpr. Req., 20 juillet 1880, S., 81. 1. 248, D P., 81. 1. 179.

(3) Lyon, 6 février 1854, S., 54. 2. 420, D. P., 55. 2. 31.

(4) Bordeaux, 9 avril 1869, S., 69. 2. 285, D., 70. 2. 222. — *Sic* Tissier, *op. cit.*, p. 80; Hanssens, *op. cit.*, n. 220; Legris, *op. cit.*, n. 115.

(5) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 291; Demolombe, XXIX, n. 664; Larombière, VI, p. 212 (art. 1331, n. 14, al. 7); Rousseau, *op. cit.*, n. 47; Tissier, *op cit.*, p. 78-79; Giraud, *op. cit.*, n. 140; Hanssens, *op. cit.*, n. 296 s.; Legris, *op. cit.*, n. 100; Péret, *op. cit.*, n. 88; Valéry, *op. cit.*, n. 346; Huc, VIII, n. 255 *bis*, p. 319 *in fine*. — Caen, 31 juill. 1856, S., 57. 2. 22. — Trib. Bruxelles, 16 nov. 1863, D. P., 66. 5. 281. — Toulouse, 4 mai 1864, D. P., 64. 2. 151. — Nancy, 14 mai 1890, D. P., 91. 2 266. — Orléans, 5 août 1892, D. P., 93. 2. 558. — Trib. civ. Bordeaux, 15 juin 1903, *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 418. — Une lettre confidentielle contenant des renseignements sur un tiers ne peut servir de base à une action de la part de celui-ci. Trib. civ. Seine, 17 mars 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 706. — *Adde* Trib. d'Alger, 26 juin 1896, *Journ. de la jurispr. de la cour d'Alger*, 96. 318. — Besançon, 6 fév. 1902, *Gaz. Pal.*, 1903. 1. 435, *Mon. jud. Lyon*, 18 mars 1902. — V. cep. Orléans, 9 mai 1876, joint à Req., 14 nov. 1876, S., 78. 1. 201, D. P., 78. 1. 6. — D'après cette dernière décision, un tiers, estant en justice, peut se servir d'une lettre confidentielle, malgré l'opposition de l'auteur et du destinataire, si la lettre est relative aux faits de la cause et n'est pas arrivée entre les mains de ce tiers par des moyens illicites.

que le tiers fonde son action sur des allégations de dol ou de fraude. Il faut, en effet, dans cette dernière hypothèse, se garder d'étendre à des litiges d'intérêt purement privé l'exception qui, pour des raisons d'ordre public, a été apportée, en matière criminelle, au principe de l'inviolabilité du secret des lettres (1).

Plusieurs auteurs ajoutent que si, dans l'ignorance de la production de la lettre en justice, ni le destinataire, ni l'expéditeur ne s'y opposent, la partie contre laquelle on se prévaut de la lettre peut demander qu'à raison de son caractère confidentiel elle soit écartée du débat. Nous approuvons cette solution, car c'est un principe de haute morale que les tribunaux ne sauraient puiser la preuve des faits ou des contrats dans les lettres dont le secret a été violé (2).

Les juges ont, d'ailleurs, le devoir de s'assurer que l'expéditeur et le destinataire consentent à la production; ils ne sauraient en principe induire de leur silence un consentement tacite. Pour les lettres confidentielles, en effet, on ne peut pas, comme pour les lettres ordinaires, tirer argument de la possession. Quand les juges reconnaissent à la lettre le caractère confidentiel, ils doivent exiger que le tiers qui l'invoque rapporte la preuve que l'auteur et le destinataire ont autorisé la production de la lettre et, à défaut de cette justification, rejeter cet écrit du débat (3).

2465 I. Toutefois, comme le secret des lettres n'a été établi que dans un intérêt privé, si l'auteur ou le destinataire, partie au procès, renonce à se prévaloir de l'exception tirée de la nature confidentielle de la lettre, le tribunal ne peut pas la suppléer d'office et doit interpréter cette renonciation comme une autorisation (4).

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 291, texte et note 11; Rousseau, *op. cit.*, n. 45-46; Hanssens, *op. cit.*, n. 231. — Civ. rej, 5 mai 1858, S., 58. 1. 535, D. P., 58. 1. 209. — Req., 21 juill. 1862, S., 62. 1. 926, D. P., 62. 1. 521. — Nancy, 11 mars 1869, S., 69. 2. 113, D. P., 69. 2. 223. — Rennes, 26 juin 1874, S., 75. 2. 2. 34, D. P., 76. 1. 183. — V. Trib. civ. Bordeaux, 15 juin 1903 (demande en dommages-intérêts pour diffamation intentée contre l'expéditeur), *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 418, *Jour. arr. de Bordeaux*, 1903. 3. 79. — V. cependant Riom, 8 janv. 1849, S., 49. 2. 460, D. P., 49. 2. 143.

(2) Tissier, *op. cit.*, p. 79; Hanssens, *op. cit.*, n. 233; Péret, *op. cit.*, n. 89.

(3) Hanssens, *op. cit.*, n. 233 et 235; Legris, *op. cit.*, n. 100; Péret, *loc. cit.*

(4) Péret, *loc. cit.*

Il a été, en conséquence, jugé que, si l'exception dont il s'agit constitue, sinon une exception d'ordre public à suppléer d'office par les juges, du moins un moyen péremptoire, opposable en tout état de cause et même en appel, on peut cependant y renoncer soit expressément, soit tacitement. Spécialement, si une lettre confidentielle, produite en première instance, a été lue sans opposition et débattue devant le tribunal, on ne peut plus demander en appel qu'elle soit rejetée du procès. Une pareille demande est non recevable comme formée tardivement (1).

Conformément à cette doctrine, la cour de Bordeaux a décidé que la partie qui, en première instance, a reçu sans protestation la communication de lettres versées aux débats, n'est pas recevable à demander pour la première fois en appel le rejet de ces lettres (2).

Une lettre peut, d'ailleurs, perdre son caractère confidentiel sans le consentement des intéressés. C'est ce qui arrive lorsqu'elle a été versée aux débats devant une juridiction criminelle et qu'elle a été ainsi l'objet d'une réelle publicité, par exemple lorsqu'elle a été soumise à la discussion devant la cour d'assises, en audience publique (3).

2466. La question de savoir si la lettre qu'un tiers veut produire en justice est de nature confidentielle est entièrement soumise à l'appréciation des juges du fait (4). Pour la résoudre ils auront à se demander s'il résulte des termes de la lettre, de son objet, des raisons qui l'ont fait écrire ou de la qualité

(1) Civ. rej., 5 mai 1858, précité. — Toulouse, 4 mai 1864, D. P., 64. 2. 151. — *Sic* Péret, *op. cit.*, n. 91.

(2) Bordeaux, 30 juin 1898, *Journ. arr. de Bordeaux*, 99. 1. 8.

(3) Tissier, *op. cit.*, p. 72; Péret, *op. cit.*, n. 74 s. — Civ. rej., 19 juin 1895, S., 95. 1. 325, D. P., 96. 1. 20.

(4) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 292; Larombière, Demolombe, *loc. cit.*; Bouchez, *Rev. prat.*, XVII, p. 328; Vanier, *op. cit.*, *Rev. prat.*, XXI, p. 93; Rousseau, *op. cit.*, n. 24 et 27; Labbé, *Note*, sous Req., 9 fév. 1881, S., 81. 1. 193; Tissier, *op. cit.*, p. 40; Hanssens, *op. cit.*, n. 241; Péret, *op. cit.*, n. 59; Girault, *op. cit.*, n. 139, p. 139, p. 206; Valéry, *op. cit.*, n. 342. — Cpr. Req., 31 mai 1842, S., 42. 1. 490. — Civ. rej., 26 juill. 1864, S., 65. 1. 33, D. P., 64. 1. 347. — Toulouse, 6 juill. 1880, S., 81. 2. 115, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Lettre-missive*, n. 29. — Rennes, 24 fév. 1894, D. P., 94. 2. 295, *Rec. d'Angers*, 94. 177. — Trib. civ. Saint-Gaudens, 20 nov. 1899, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 349.

du destinataire que le secret a été imposé à celui-ci par l'expéditeur [1]. Lorsque, par exemple, la lettre a été écrite dans l'intérêt du tiers à qui le destinataire l'a communiquée, il ne convient pas de lui reconnaître le caractère confidentiel [2].

D'après Merlin, ce caractère appartiendrait à toute lettre adressée à une personne autre que celle qui prétend l'utiliser comme un moyen de preuve [3]. Cette décision est inexacte, car elle implique une présomption qui n'est écrite nulle part dans la loi [4].

Il est des lettres qui, évidemment, ne peuvent jamais être confidentielles. Ce sont les lettres anonymes. La dissimulation dont usent leurs auteurs est nécessairement exclusive de la confiance que suppose le caractère confidentiel. Comment les personnes qui les reçoivent pourraient-elles promettre le secret à des correspondants qui ne se font pas connaître? Le destinataire peut invoquer la lettre contre celui qu'il soupçonne en être auteur, et le tiers à qui il la remet a le même droit [5].

2467. Dans certains cas, cependant, à raison des rapports d'autorité et de dépendance qui existent entre les parties ou du caractère délictueux des faits qu'il s'agit de prouver, on décide que le droit de propriété du destinataire de la lettre missive ou le principe de l'inviolabilité du secret des correspondances privées ne font pas nécessairement obstacle à ce que les lettres soient produites par des tiers.

α. En matière de divorce ou de séparation de corps, notamment, il appartient aux juges d'apprécier si les lettres écrites

(1) Si la réponse est négative, la lettre ne doit pas être considérée comme confidentielle, Req., 28 mai 1900, S., 1901. 1. 263, D. P., 1901. 1. 471.

(2) Massé, Bonnier, Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit.* — Req., 3 juill. 1850, S., 50. 1. 705, D. P., 50. 1. 209. — Civ. rej., 26 juill. 1864, précité.

(3) *Rép.*, v° *Lettre*, n. 6. — Cpr. Req., 21 juill. 1862, Toulouse, 4 mai 1864, précités. — Req., 3 mai 1875, D. P., 76. 1. 183.

(4) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 291, note 12.

(5) Rousseau, *op. cit.*, n. 48; Tissier, *op. cit.*, p. 87; Hanssens, *op. cit.*, n. 243; Legris, *op. cit.*, n. 88, 172; Péret, *op. cit.*, n. 61. — Caen, 18 janv. 1860, S., 60. 2. 623. — Bordeaux, 14 nov. 1873, D. P., 75. 5. 271. — Douai, 8 fév. 1879, S., 80. 2. 285, D., *Suppl.* au *Rép. alph.*, v° *Lettre missive*, n. 88. — Trib. civ. Lyon, 29 oct. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 724. — Cpr. Req., 3 mars 1879, S., 81. 1. 351, D. P., 81. 1. 212.

par l'un des époux à une tierce personne et dont le demandeur veut faire usage, peuvent, étant données les circonstances dans lesquelles ce dernier en est devenu détenteur, être versées aux débats (1).

Le mari qui a formé une demande en séparation de corps ou en divorce pour cause d'adultère, peut donc être admis à produire, à l'appui de cette demande, des lettres écrites par la femme à son complice ou par celui-ci à la femme (2).

(1) D'après quelques auteurs, l'époux demandeur ne peut verser aux débats les lettres écrites par son conjoint à un tiers ou par un tiers à son conjoint que s'il s'agit de lettres non confidentielles. Willequet, *Du divorce en droit civil*, § 2, sect. I, n. 8; Carpentier, *Tr. du divorce*, n. 18; Laurent, III, n. 201. — Mais la plupart des auteurs et la jurisprudence admettent la solution contraire. — Aubry et Rau, 4e édit., V, p. 180; Demolombe, IV, n. 394; Rousseau, *op. cit.*, n. 145; Legris, *op. cit.*, n. 161; Hanssens, *op. cit.*, n. 291. — Dijon, 11 mai 1870, S., 72. 2. 38, D. P., 71. 5. 239. — Paris, 11 juin 1875, S., 75. 2. 200, D., *Suppl.* au *Rép.*, v° *Divorce et sépar. de corps*, n. 415.

(2) Faut-il distinguer suivant le moyen par lequel les lettres missives sont venues en la possession du mari? Certains auteurs enseignent que le mari, ayant un droit de contrôle et de surveillance sur la correspondance de sa femme, peut ouvrir les lettres de celle-ci, les retenir ou les détruire et que les juges doivent, en conséquence, l'autoriser à verser les lettres aux débats non seulement lorsqu'elles sont tombées entre ses mains par l'effet du hasard, mais aussi lorsqu'il les a interceptées. Peu importe, d'après les mêmes auteurs, que les lettres produites par le mari émanent de la femme ou de son complice. Aubry et Rau, 4e édit., V, p. 180; Demolombe, IV, n. 394; Rousseau, *op. cit.*, n. 148; Hanssens, *op. cit.*, n. 297; Legris, *op. cit.*, n. 123; Teullé, *op. cit.*, n. 14; Hepp, *op. cit.*, n. 295 s.; Massol, *Sépar. de corps*, n. 6; Vraye et Gode, *Div. et sépar. de corps*, I, n. 178; Le Senne, *Tr. de la sépar. de corps*, n. 346. — Civ. cass., 15 juillet 1885, S., 86. 1. 101, D. P., 86. 1. 145. — Cpr. Paris, 22 fév. 1860, D. P., 60. 5. 363. — Req., 5 fév. 1900, S., 1901. 1. 17, D. P., 1901. 1. 45, *Le Droit*, 21 mars 1900. — Il a été jugé notamment que le mari peut se prévaloir 1° d'une lettre écrite par la femme à la sœur de celle-ci et interceptée par lui. Bruxelles, 28 avril 1875, S., 77. 2. 161 (note de Labbé), D. P., 76. 2. 25; 2° d'une lettre écrite par la femme à ses père et mère et que le mari lui a prise de force, lorsqu'il avait, à raison des circonstances, lieu de soupçonner que l'influence des parents de la femme s'exerçait sur l'esprit de celle-ci de manière à troubler le ménage. Nîmes, 6 janvier 1880, S., 81. 2. 54, D. P., 80. 2. 191 (*Sic* Tissier, *op. cit.*, p. 85; Legris, *op. cit.*, n. 166. — *Contra* Hanssens, *op. cit.*, p. 284); 3° de lettres écrites par la femme à un tiers et remises par ce dernier au mari. Req., 31 mai 1842, S., 42. 1. 490, D., *Répert. alph.*, v° *Lettre missive*, n. 30. — Besançon, 20 fév. 1860, D. P., 60. 2. 55. — Paris, 27 mars 1896, D. P., 96. 2. 512. — Plusieurs auteurs vont jusqu'à dire que le mari peut toujours produire en justice les lettres de la femme coupable, eût-il employé la fraude ou la soustraction pour se les procurer. — Demolombe, Le Senne, *loc. cit.*; Vraye et Gode, *op. cit.*, I, n. 178; Massol, *op. cit.*, p. 72; Curet, *Code du divorce*, p. 146; Goirand, *Tr. du divorce*, p. 28; Poulle, *Le divorce*, p. 123; de Folleville, *Rec. du divorce*, 1889, p. 191. — Mais, d'après une autre opinion, la production en justice

Il faut donner la même solution quant à la femme. Il est permis, en conséquence, de faire état des lettres adressées au mari ou écrites par lui et produites par elle, à moins, toutefois, que la possession de ces lettres par la femme ne résulte d'un artifice coupable, d'une fraude, d'un acte de déloyauté ou d'un abus quelconque [1].

ne devrait pas être autorisée quand le mari est devenu détenteur des lettres de la femme par des moyens dolosifs ou inavouables. — Hanssens, *op. cit.*, n. 303 s.; Legris, *op. cit.*, n. 167. — Alger, 12 nov. 1866, D. P., 67. 2. 126. — Bruxelles, 28 avril 1875 (motifs), D. P., 76. 2. 25. — La cour de cassation, dans quelques décisions assez récentes, distingue suivant que le mari, pour acquérir la possession des lettres, a eu recours à des moyens simplement immoraux ou dolosifs ou à des moyens délictueux. D'après elle, c'est dans le dernier cas seulement qu'il convient d'interdire la production des lettres, et, par suite, les juges ne peuvent refuser de faire état de celles-ci qu'en déclarant que le mari en est devenu possesseur en employant un procédé rentrant dans la prohibition de la loi. — Civ. rej., 9 juin 1883 (voir le rapport de M. le conseiller Gast), D. P., 84. 1. 89. — Civ. cass., 15 juil. 1885, S., 86. 1. 101, D. P., 86. 1. 145. — V. aussi Trib. civ. Périgueux, 27 déc. 1890, D., *Suppl.* au *Répert. alph.*, v° *Lettre missive*, n. 92. — Paris, 24 juin 1893, S., 95. 2. 108, D. P., 94. 2. 591. — Trib. civ. Seine, 22 déc. 1897, *Gaz. des Trib.*, 1898, 1er semestre, 2. 278. — Amiens, 4 mars 1898, *Rec. Amiens*, 1898, 226. — Trib. civ. Charleroi, 28 mars 1899, *Gaz. des Trib.*, 1899, 2e semestre, 2. 334. — Trib. civ. Vendôme, 13 janv. 1900, joint à Orléans, 19 mai 1900, D. P., 1903. 2. 389. — Cependant la chambre des requêtes, dans l'arrêt précité du 5 février 1900, se prononce en un sens plus restrictif. On lit dans cette décision : « Attendu que, si le principe de l'inviolabilité des lettres missives doit exceptionnellement fléchir devant le droit qui appartient au mari, en vertu de l'autorité domestique à lui conférée par la loi, de rechercher la preuve d'une offense faite à son honneur ou de quelque manquement grave aux devoirs du mariage, qui pouvait être imputé à sa femme, ce droit d'investigation ne saurait être illimité; — Qu'il appartient au tribunal d'apprécier, en considérant à la fois le caractère intime et confidentiel d'une correspondance épistolaire entre sa femme et une tierce personne et la nature du grief dont le mari prétendait y trouver la preuve, s'il ne convient pas, au contraire, de maintenir et de faire respecter le secret des lettres, nécessaire, en principe, à la sécurité des rapports sociaux ». Spécialement il convient de rejeter des débats des lettres écrites par la femme à une amie et livrées par cette dernière au mari, lorsque ces lettres, contenant des épanchements d'amie à amie, n'étaient pas destinées à être répandues dans la famille, encore moins communiquées au mari, et que la destinataire a sollicité les doléances de la femme par des protestations de dévouement et lui a surpris ses secrets par des marques d'apparente sollicitude. — La cour de cassation a, d'ailleurs, décidé que la lettre écrite par une femme mariée devient, du moment où elle a été confiée à la poste, la propriété du destinataire et que, par suite, le mari qui s'en empare dans le bureau de poste où elle a été déposée, commet un vol punissable et non pas simplement un vol entre époux affranchi de toute peine par l'art. 380 C. pén. Crim. rej., 2 avril 1864, S., 64. 1. 428, D. P., 64. 1. 396.

[1] Cette restriction est généralement admise. Req., 11 juin 1888, S., 88. 1. 376,

Quant au point de savoir si l'art. 1325 fait obstacle à ce que la conclusion d'un contrat synallagmatique soit constatée par correspondance, nous l'avons examiné plus haut (1).

N° 3. *Force probante des lettres missives.*

2470. Il est certain que les lettres missives écrites par l'expéditeur, mais non signées par lui, ne peuvent fournir qu'un commencement de preuve par écrit. Il en est de même quand, au lieu de signature proprement dite, elles portent simplement un prénom ou un sobriquet ou une indication de parenté, par exemple « ton cousin » (2).

2471. D'ordinaire, en pratique, les lettres au bas desquelles on appose l'empreinte d'une griffe au lieu d'une signature sont écrites par une tierce personne ; il s'ensuit qu'elles sont dépourvues de toute force probante, à moins que le juge ne soit autorisé à y puiser des présomptions.

Cependant notre cher et savant collègue M. Valéry pense que, dans ce cas, si la lettre porte un entête ou un cachet appartenant au prétendu expéditeur ou que celui-ci se serve habituellement d'une griffe dont l'empreinte est identique à celle qui lui est opposée, il existe dans l'espèce un ensemble d'éléments pouvant constituer un commencement de preuve par écrit (3). Nous ne saurions admettre ce tempérament. Il est contraire à la définition contenue dans le second alinéa de l'art. 1347, car, par hypothèse, le document dont il s'agit ne renferme aucun *écrit* émané de la partie contre laquelle on s'en prévaut (4).

L'observation qui précède s'applique évidemment aussi aux lettres entièrement imprimées, y compris la signature, soit par des procédés typographiques ou lithographiques, soit au moyen de machines à écrire (5).

2472. Mais, dans le cas où les lettres missives sont signées de l'expéditeur, quel est le degré de foi qui s'attache à elles?

(1) V. *supra*, n. 2301.
(2) Valéry, *op. cit.*, n. 303.
(3) *Op. cit.*, n. 301, p. 276.
(4) V. *infra*, n. 2582.
(5) Valéry, *op. cit.*, n. 302.

On répond généralement qu'en matière civile, le législateur n'ayant pas réglé la force probante des lettres missives, il appartient aux tribunaux de l'apprécier et qu'ils peuvent, en conséquence, ou les considérer comme faisant preuve complète ou les admettre comme ne formant qu'un commencement de preuve par écrit, ou même enfin les rejeter entièrement comme dépourvues de toute force probante (1). Ils pourraient d'ailleurs prendre ce dernier parti non seulement dans le cas où les lettres sont produites par un tiers, mais encore lorsqu'elles sont invoquées par le destinataire. Ils devraient toutefois n'user de cette dernière faculté qu'avec beaucoup de réserve relativement aux lettres d'affaires, qui, étant destinées à servir de titre à la personne à laquelle on les adresse, sont, en quelque sorte, des actes instrumentaires (2).

M. Planiol combat cette opinion, et il nous paraît avoir raison. Les lettres missives sont une forme de l'aveu extrajudiciaire. Le législateur ne parle de cet aveu que dans l'art. 1355 ainsi conçu : « L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement *verbal* est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible ». En présence de l'écriture contenue dans une lettre missive, il n'est pas besoin de recourir à la preuve testimoniale. Il s'ensuit que, dans tous les cas où cette écriture est reconnue, la lettre fait pleine foi, contre son signataire, de toutes les choses qui y sont avouées par celui-ci. Elle peut, il est vrai, soit ne pas mentionner certains des faits contestés, soit les laisser douteux, et, quand il en est ainsi, elle ne saurait fournir qu'un commencement de preuve par écrit. Mais il faut soigneusement distinguer, suivant la formule de notre savant collègue « le *degré de créance* dû à la lettre, la *quantité de renseignements* qu'elle contient ». Elle peut ne former qu'un commencement de preuve, bien qu'elle fasse pleine foi de tout ce dont elle renferme l'aveu (3).

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 293; Larombière, VI, p. 210 (art. 1331, n. 14); Demolombe, XXIX, n. 663; Huc, VIII, n. 256, p. 320 *in fine;* Girault, *op. cit.*, n. 142. — Cpr. Valéry, *op. cit.*, n. 279 s.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(3) Planiol, II, 1re édit., n. 114, 2e et 3e édit., n. 108.

2473. La date des actes sous-seing privé ne peut, comme nous l'avons expliqué, devenir légalement certaine à l'égard des tiers que par un des trois moyens indiqués dans l'art. 1328 (1). Le législateur n'ayant pas fait exception à ce principe quant aux lettres missives, l'apposition sur elles du timbre de la poste ne saurait leur donner date certaine, du moins quand ces lettres constituent des actes (2). Il ne suffit même pas qu'une lettre soit chargée ou recommandée pour qu'elle échappe à l'application de l'art. 1328 (3).

Mais, entre les parties, la preuve de la date, pouvant être faite par tous les moyens, peut résulter notamment soit du timbrage opéré par la poste, soit du chargement ou de la recommandation de la lettre (4).

2474. Il arrive souvent que l'auteur d'une lettre missive ajoute, après sa signature, quelques lignes ou quelques mots non signés qui modifient ou complètent ce qu'il a dit plus haut. Déterminons la force probante de ces *post-scriptum*.

Si la lettre renferme une quittance en règle et que l'écriture mise après la signature tende à établir la libération du destinataire, la disposition de l'art. 1332, al. 2, est applicable, et, par conséquent, le *post-scriptum* fait foi (5).

Si l'addition tend à établir une obligation à la charge de l'expéditeur, les juges peuvent puiser un moyen d'interprétation dans une distinction qui a été proposée par Boiceau et reproduite par Pothier, et dont nous avons déjà parlé (6) : au cas où le *post-scriptum* n'est que le développement d'une obligation contenue dans la lettre, il doit être considéré comme se confondant avec celle-ci et participe à sa force probante. Mais, lorsque tel n'est pas le cas, il est sans valeur (7).

(1) V. *supra*, n. 2369.
(2) V. *supra*, n. 2379.
(3) Valéry, *op. cit.*, n. 291.
(4) Valéry, *op. cit.*, n. 292.
(5) V. *supra*, n. 2452.
(6) V. *supra*, n. 2457.
(7) Valéry, *op. cit.*, n. 304.

B. *Des télégrammes.*

2475. Notre législation, à la différence de certaines législations étrangères (1), n'a pas réglé la force probante des télégrammes. Les tribunaux français jouissent, par conséquent, sur ce point, d'une grande liberté d'appréciation.

Toutefois le télégramme, abstraction faite du texte déposé par l'expéditeur, ne saurait être assimilé à la lettre missive (2). Non seulement il est nécessairement dépourvu de la signature de l'expéditeur, mais il est entièrement l'œuvre d'une tierce personne. Il diffère donc essentiellement de la lettre missive, qui, elle, tout au moins, si on la suppose écrite par un tiers, a été dictée ou, dans tous les cas, a pu être revue par l'expéditeur. De plus, la solution que nous repoussons conduit à considérer le contrat comme formé par l'acceptation du destinataire même quand le télégramme ne reproduit pas exactement les intentions du pollicitant. Cette conséquence, qui est inadmissible, suffirait pour discréditer la proposition d'où elle découle (3).

2476. D'autre part, il nous paraît évident qu'on ne saurait attribuer à un télégramme la valeur d'une copie authentique. Aucune disposition législative ne reconnaît aux employés du télégraphe le caractère d'officiers publics ayant le pouvoir de conférer l'authenticité à des écrits. Au surplus, le mode de transmission des télégrammes n'offre point les mêmes garanties que les formes prescrites pour la délivrance des copies authentiques (4).

Mais il faut aller plus loin : le texte remis au destinataire n'est même pas une copie de l'original. C'est la copie de la

(1) On en trouvera le tableau dans Valéry, *op. cit.*, n. 313 à 317, p. 285 à 288.

(2) Remarquons, toutefois, que les cartes télégrammes, dont l'emploi, d'abord autorisé par un décret du 25 janvier 1879 dans les limites de l'ancien octroi de Paris, a été étendu par un décret du 14 novembre 1884 à toute l'enceinte fortifiée, sont de véritables lettres missives. V. Girault, *op. cit.*, n. 148.

(3) *Sic* Girault, *op. cit.*, n. 151 ; Valéry, *op. cit.*, n. 309. — V. aussi Serafini, *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza*, ch. VI, § 25 s. — *Contra* Fuchs, *Einige Fragen aus dem telegraphenrechte*, Archiv. fur die civilistische Praxis, 1860, t. XLIII; Stubenrauch, *Der elektrische telegraph in privatrechtlicher Beziehung*, Allegemeine osterreichische Gerichtszeitung, 1875, t. XII, n. 18.

(4) *Sic* Girault, *op. cit.*, n. 152; Valéry, *op. cit.*, n. 308.

traduction que l'employé transmetteur a faite exactement ou non de ce dernier texte, sans parler des altérations qui peuvent s'être produites dans les bureaux intermédiaires.

Il s'ensuit que le télégramme, envisagé en lui-même, est sans autorité, si l'expéditeur prétend qu'il ne reproduit pas exactement ses intentions. Dans ce cas il faut le confronter avec l'original (1); c'est à ce dernier qu'on doit s'attacher pour déterminer quelle a été la volonté de l'expéditeur, et, quand il y a conformité entre la dépêche et la minute, celle-ci fait foi contre l'expéditeur comme le ferait une lettre missive (2).

2477. Par application de cette idée générale que la disposition de l'art. 1328 est limitative (3), la copie faite du télégramme sur le registre de départ, au bureau qui l'expédie, ne saurait lui faire acquérir date certaine (4).

§ III. *Des tailles.*

2478. Les tailles sont un procédé qui est employé pour constater les fournitures de détail qu'un marchand fait journellement au même individu, par exemple les fournitures de pain. Voici en quoi il consiste : on fend un bâton par égale moitié. L'une de ses parties, qui se nomme proprement *taille,* reste aux mains du fournisseur; l'autre qui s'appelle *échantillon* ou *contre-taille,* est remise au consommateur. Lors de chaque fourniture, on réunit les deux moitiés du bâton de façon qu'elles coïncident; puis on fait avec un couteau une *coche* ou entaille transversale, qui porte à la fois sur la taille et sur l'échantillon.

Le nombre des coches indique la quantité des fournitures.

(1) Jugé que la demande de compulsoire formée par un mari en vue de rechercher dans les archives d'un bureau télégraphique l'original d'une dépêche qu'il prétend avoir été adressée par sa femme à un tiers et sur les énonciations de laquelle il se fonde pour obtenir le divorce, est non recevable. Pau, 2 janv. 1888, S., 89. 2. 213, D. P., 89. 2. 134.

(2) Cpr. Serafini, *loc. cit.*; Girault, *op. cit.*, n. 153; Valéry, *op. cit.*, n. 310-311. Nous ne dirons pas toutefois avec le dernier de ces auteurs que, dans l'hypothèse, les règles dont il doit être fait application au télégramme « sont contenues dans les articles 1334 et 1335 du Code civil ». Les dispositions de ces deux articles ne concernent que les copies d'actes authentiques. — V. *supra*, n. 2486.

(3) V. *supra*, n. 2369.

(4) Valéry, *op. cit.*, n. 312, p. 284 *in fine*.

Comme de pareilles marques n'ont pu être faites qu'avec l'assentiment du consommateur, puisque chacune des parties a dû représenter son morceau de bois, les fraudes sont impossibles (1).

Le Code, à l'exemple de Pothier (2), place les tailles parmi les écritures qui constituent une preuve littérale; on peut dire, en effet, que c'est une écriture primitive et rudimentaire. A ce point de vue, la taille équivaut à un acte rédigé en double, dont un original serait remis à chacun des contractants en vue de constater une convention synallagmatique. Remarquons cependant que nous sommes ici dans un cas où il n'est pas nécessaire que chaque partie ait en main la preuve écrite de la convention : car, bien qu'elle soit bilatérale, elle est immédiatement exécutée d'un côté ; un seul original suffirait (3). Aussi, dans la pratique, emploie-t-on souvent, au lieu de tailles, des bons signés par le consommateur et qu'il remet au fournisseur (4).

Toutefois, ainsi que le font remarquer plusieurs auteurs, si le législateur a pu assimuler la preuve par les tailles à la preuve littérale, ce n'est que d'une façon bien impropre (5). Pothier d'ailleurs, le donne à entendre lorsqu'il dit : « Les tailles ont... quelque rapport avec les écritures privées » (6). *Quelque rapport* seulement ! Nous déduirons de cette idée générale des conséquences importantes (7).

Quoi qu'il en soit, puisque les tailles sont assimilées par la loi aux écrits probatoires, il en résulte qu'elles font preuve

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 765 (édit. Dupin, I, p. 450); Jaubert, *Rapport au Tribunal*, Fenet, XIII, p. 388 *in fine* et p. 389, Locré, XII, p. 518-519, n. 19. — V. aussi Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 297, et Locré, XII p. 400 *in fine*, n. 200.

(2) « Les tailles, dit Pothier, tiennent lieu d'écrit, et font une espèce de preuve, littérale », *op. cit.*, n. 765, dernier alinéa.

(3) V. *supra*, n. 2277.

(4) Des *bons* manuscrits, signés ou paraphés, pourront constituer soit une preuve littérale complète, soit simplement un commencement de preuve par écrit, Larombière, VI, p. 238 (art. 1333, n. 9).

(5) Larombière, VI, p. 232 *in fine* (art. 1333, n. 1) ; Demolombe, XXIX, n. 665, *in fine*.

(6) *Oblig.*, n. 742 (édit. Dupin, I, n. 440). — Jaubert a reproduit presque textuellement cette formule, Fenet et Locré, *loc. cit.*

(7) V. *infra*, n. 2483 à 2485.

des fournitures qui y sont indiquées, sans distinguer si leur montant excède ou non la somme de 150 fr. (1).

2479. L'art. 1333 trace la condition de leur force probante: « *Les tailles corrélatives à leurs échantillons font foi entre » personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les four- » nitures qu'elles font et reçoivent en détail* ». Ainsi il faut que la taille et l'échantillon, ces deux moitiés du même bâton, qui, en s'adaptant l'une à l'autre, se contrôlent mutuellement, soient *corrélatifs* entre eux en ce qui concerne le nombre des coches. Si cette corrélation n'existe pas, la fourniture n'est prouvée que jusqu'à concurrence du chiffre le plus faible.

Cette solution est certaine quand c'est la taille qui contient plus de coches que l'échantillon; car le fournisseur n'a pas pu se faire un titre à lui-même. Mais elle doit être admise également dans le cas contraire; il peut se faire, en effet, que les coches qui se trouvent en excès sur l'échantillon soient le résultat d'un accident, que, par exemple, elles aient été faites par un enfant en jouant (2).

2480. Cette condition, imposée par l'art. 1333, implique que la taille et l'échantillon sont tous deux représentés. Mais il arrive parfois que le consommateur ne représente pas l'échantillon; quelle sera alors la valeur de la taille? Si le consommateur prétend avoir perdu l'échantillon et conteste l'importance de la fourniture, la taille fera foi en faveur du fournisseur; car il ne saurait être victime de la négligence ou peut-être de la mauvaise foi du consommateur (3).

(1) Marcadé, V, sur l'art. 1333, I; Demolombe, XXIX, n. 666; Laurent, XIX, n. 368; Thiry, III, n. 142, dern. al.; Huc, VIII, n. 265, 4°. — V. aussi Toullier, VIII, n. 408. — Cpr. Boiceau, *op. cit.*, part. II, ch. IX, n. 57.

(2) Marcadé, V, sur l'art. 1333, II; Bonnier, *op. cit.*, n. 757; Aubry et Rau, VIII, 4e édit., p 283, texte et note 1; Larombière, VI, p. 234 (art. 1333, n. 2); Demolombe, XXIX, n. 667; Huc, VIII, n. 265-1°.

(3) Toullier, VIII, n. 409, al. 2; Marcadé, V, sur l'art. 1333, III; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, vo *Taille*, n. 5, al. 3; Mourlon, II, n. 1580, al. 5; Bonnier, *op. cit.*, n. 760; Colmet de Santerre, V, n. 298 *bis*-III; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 283; Demolombe, XXIX, n. 669; Thiry, III, n. 142, al. 4; Huc, VIII, n. 265-3°. — Trib. paix Pessac (Gironde), 22 mars 1887, S., 87. 2. 173, P., 87. 1. 874. — Trib. Muret, 27 mars 1897, *Gaz. Trib.*, 19 sept. 1897. — Laurent enseigne que, dans ce cas, le juge peut voir dans la taille une demi-preuve l'autorisant à déférer au fournisseur le serment supplétoire, XIX, n. 367, p. 396. — Pour la raison donnée ci-dessus, nous ne saurions être de cet avis.

2481. Si celui-ci soutient qu'il n'a jamais eu d'échantillon, la taille est destituée de toute force probante. Elle n'autorise même pas le juge à déférer au fournisseur le serment supplétoire. La solution contraire a cependant rencontré quelques partisans (1). Mais aucun texte ne dispose pour les tailles comme l'art. 1329 *in fine* pour les registres des marchands. Et cela se comprend, car de simples tailles sont loin de présenter les mêmes garanties que ces registres (2).

Toutefois, dans ce cas, le fournisseur peut être admis à prouver par témoins ou même par simples présomptions que les parties faisaient usage de tailles. Il en est ainsi lors même qu'il s'agit de fournitures n'ayant pas une nature commerciale et que leur montant excède la somme de 150 francs. Les parties, en effet, ne sauraient être tenues de rapporter la preuve écrite de l'usage qu'elles ont fait des tailles. Ce serait contraire au caractère primitif de ce dernier mode de preuve (3).

2482. Si le fournisseur a volontairement restitué la taille au consommateur, il doit être réputé lui avoir fait remise de la dette. On doit, en effet, l'assimiler au créancier qui a volontairement rendu au débiteur le titre écrit. Arg. art. 1282 et 1283 (4).

2483. Selon quelques auteurs, lorsque la taille est demeurée entre les mains du fournisseur et que l'échantillon se retrouve en la possession du consommateur, par exemple, parce que, en cas de faillite de celui-ci ou après décès, il a été mis sous scellé, le consommateur ou ses héritiers ne pourraient pas opposer la prescription de six mois ou d'un an, conformément aux art. 2271 et 2272. La représentation de l'échantillon corrélatif à la taille formerait une reconnaissance de dette; elle

(1) Duranton, XIII, n. 235; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 7; Bonnier, *op. cit.*, n. 660; Poujol, *op. cit.*, n. 2 *in fine;* Mourlon, *loc. cit.*

(2) Marcadé, V, sur l'art. 1333, III; Colmet de Santerre, V, n. 298 *bis*-III *in fine;* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 283, texte et note 3; Larombière, VI, p. 236 (art. 1333, n. 6); Demolombe, XXIX, n. 670. — V. aussi Huc, VIII, n. 265-2°.

(3) *Sic* Toullier, VIII, n. 409; Marcadé, V, sur l'art. 1333, III; Colmet de Santerre, V, n. 298 *bis*-IV; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 283, texte et note 4; Demolombe, XXIX, n. 671. — V. aussi Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 6. — *Contra* Larombière, VI, p. 235 *in fine* et p. 236 (art. 1333, n. 5, dern. al.).

(4) Demolombe, XXIX, n. 672. — V. aussi Larombière, VI, p. 235 (art. 1333, n. 4).

impliquerait une sorte d'arrêté de compte entre les parties. La prescription à laquelle la dette est soumise serait donc changée en ce qui regarde son caractère et sa durée. La dette ne serait prescriptible que par trente ans [1]. Mais c'est exagérer la portée de la preuve par les tailles. Si, — pour répéter les paroles de Pothier, — « les tailles ont *quelque rapport* avec les écritures privées » [2], on ne saurait, cependant, les assimiler complètement à la preuve littérale. De plus, aux termes de l'art. 2274 : « La prescription, dans les cas ci-dessus (des art. 2271 à 2272), a lieu *quoiqu'il y ait eu continuation de fournitures, livraisons,* services ou travaux ». Il est donc indifférent que l'échantillon corrélatif à la taille établisse que tel est en effet le cas. Le fournisseur peut seulement, en vertu de l'art. 2275, déférer le serment au consommateur ou à ses héritiers [3].

2484. Au cas de faillite ou de déconfiture du consommateur, la taille fait-elle foi contre les tiers, c'est-à-dire contre les autres créanciers? Marcadé pense que l'échantillon, pouvant être mis sous scellé et mentionné dans un inventaire indiquant le nombre de coches qu'il porte, est susceptible d'acquérir date certaine à l'égard des tiers. Ainsi l'art. 1328 lui serait applicable [4]. Mais cet article, d'après son texte même, ne concerne que la preuve littérale proprement dite (arg. de ces mots : *Les actes sous seing privé*). Il appartient donc au juge de résoudre notre question suivant les circonstances; il a, sur ce point, un pouvoir discrétionnaire [5].

2485. Il n'est pas contestable qu'en matière pénale, où l'interprétation restrictive est de rigueur, les tailles ne sauraient être assimilées à l'écriture, et, en conséquence, comme

(1) Duranton, XIII, n. 236; Taulier, IV, p. 495; Poujol, *op. cit.*, n. 4; Huc, VIII, n. 365, 5°.

(2) V. *supra*, n. 2478.

(3) Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 337, § 859, note 43; Le Roux de Bretagne, *Prescrip.*, n. 1312; Larombière, VI, p. 237 (art. 1333, n. 8); Demolombe, XXIX, n. 673. — Cpr. Civ. cass., 27 juill. 1853, S., 53. 1. 705, D. P., 53. 1. 253. — V. aussi Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 8.

(4) Marcadé, V, sur l'art. 1333, I.

(5) Bonnier, *op. cit.*, n. 759 (cet auteur avait d'abord enseigné la doctrine contraire); Demolombe, XXIX, n. 674. — V. aussi Toullier, VIII, n. 410; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 4.

l'a très bien décidé la cour de Paris, par un arrêt du 2 mars 1854, le fait par un boulanger d'avoir marqué sur la taille et sur l'échantillon plus de pain qu'il n'en avait réellement livré constitue, non un faux, ni une escroquerie, mais une filouterie rentrant dans les termes de l'art. 405 C. pén. : « Considérant, dit la cour, que, bien que l'art. 1333 C. Nap. porte que les tailles corrélatives à leurs échantillons font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail, on ne peut assimiler les coupures faites sur les tailles et contre-tailles à une écriture quelconque ; — Qu'aux termes des art. 405, 406 et 407 C. pén., énonciatifs des éléments constitutifs du faux, l'altération, la fabrication, l'interpolation punissables ont toujours lieu au moyen de l'écriture ou sur l'écriture ; que la manœuvre du faussaire s'applique à une pièce, à un registre, à un acte soit public, soit de commerce, soit privé » (1).

§ IV. *Des copies des titres.*

2486. Le Code ne s'occupe, pour en régler la force probante, que des copies des titres *authentiques*. Les copies des *actes sous seing privé* ne font aucune foi, car ces actes tirent exclusivement leur force probante de la signature des parties.

Il en est ainsi alors même qu'elles sont faites par un officier public, à moins, toutefois, que l'acte sous seing privé dont il s'agit n'ait été déposé dans les minutes d'un notaire ; ce dépôt lui communiquerait en effet le caractère de l'authenticité (2).

I. *Copies d'actes authentiques dont les originaux existent.*

2487. La copie d'un acte authentique *dont l'original existe* n'a aucune force probante. Elle ne peut faire foi que

(1) S., 54. 2. 252, D. P., 55. 2. 30. — Dans le même sens, Bonnier, *op. cit.*, n. 761. — *Contra* Morin, *Rép. du dr. crim.*, v° *Boulangerie*, n. 16.

(2) Bonnier, *op. cit.*, n. 792; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 284, note 6; Larombière, VI, p. 265-266 (art. 1334, n. 24); Demolombe, XXIX, n. 676; Laurent, XIX, n. 369; Huc, VIII, n. 266, al. 2; Planiol, II, 1re édit., n. 118, 2e et 3e édit., n. 112.

provisoirement, comme représentant l'original, tant que sa fidélité n'est pas révoquée en doute, et alors elle tire toute sa valeur de l'aveu tacite que fait l'adversaire de sa conformité avec l'original; mais il suffit à celui à qui on l'oppose d'en nier l'exactitude pour lui enlever toute force probante : « *Les copies,* dit l'art. **1334**, *lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée* » (1).

Cet article est applicable à toutes les copies sans exception, même aux grosses, seraient-elles revêtues de la formule exécutoire, certifiées conformes à l'original, légalisées par l'officier public compétent, auraient-elles été tirées en présence des parties ou après leur appel régulier (2).

Celui qui réclame la représentation du titre original n'est pas tenu de signaler des différences entre ce titre et la copie (3).

Les juges ne peuvent pas refuser d'ordonner la représentation de l'original sous le prétexte que la copie réunit toutes les garanties d'exactitude et que, si la représentation était ordonnée, elle entraverait inutilement le cours de la justice (4).

2488. Par application du droit commun, c'est à la partie qui devait produire le titre original qu'il incombe d'établir que celui-ci ne subsiste plus.

Il lui suffit, d'ailleurs, de prouver par tous les moyens ordinaires, même par témoins ou par présomptions, que le titre original ne se trouve plus dans le lieu où le dépôt a dû en être effectué. Elle n'est donc pas tenue d'établir d'une façon précise le fait qui en a entraîné la destruction ou la perte (5).

(1) « *Semper oportet ostendi originale* », disait Dumoulin, *Comment. sur la cout. de Paris*, tit. VI, § 8, n. 32.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 283 *in fine;* Larombière, VI, p. 240 (art. 1334, n. 2); Demolombe, XXIX, n. 678.

(3) Demolombe, XXIX, n. 680.

(4) Bonnier, *op. cit.*, n. 793; Zachariæ, § 756, texte et note 2; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 284; Larombière, VI, p. 240 *in fine* (art. 1334, n. 3); Demolombe, XXIX, n. 680; Huc, VIII, n. 266, p. 333. — Civ. cass., 15 juil. 1829, S. chr., IX, 1. 332, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 200.

(5) Larombière, VI, p. 241 *in fine* et p. 242 (art. 1334, n. 6); Demolombe, XXIX, n. 684-685; Laurent, XIX, n. 371. — Req., 10 nov. 1830, S. chr., IX. 1. 591, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4278-1°.

2488 I. Cette partie serait également dispensée de représenter le titre original s'il se trouvait entre les mains d'un officier public étranger et que, par suite, sa représentation ne fût pas possible devant les tribunaux français, sauf à ces derniers à ordonner les mesures qu'ils estimeraient convenables pour s'assurer que la copie est conforme au titre original [1].

2489. La disposition de l'art. 1334 est-elle applicable aux actes de l'état civil? En d'autres termes, la personne à laquelle on oppose un extrait des registres de l'état civil peut-elle exiger la représentation de ceux-ci? La question est discutée. Nous n'avons pas à examiner cette controverse. Disons simplement que, selon nous, le législateur, afin d'éviter de graves inconvénients, a, dans l'art. 45, dérogé à la règle posée dans l'art. 1334 [2].

II. *Copies d'actes authentiques dont les originaux n'existent plus.*

2490. *Lorsque le titre original n'existe plus,* et que, par suite, sa représentation ne peut pas être exigée, la loi attribue aux simples copies une force probante, qui varie sur une échelle de trois degrés, d'après certaines distinctions faites dans les art. 1335 et 1336. — Voici, dans l'ordre de leur autorité décroissante, ces trois classes de copies.

A. *Copies qui font la même foi que l'original.*

2491. Certaines copies font la même preuve que l'original. Elles sont indiquées dans le 1° et dans le 2° de l'art. 1335 : « *Lorsque le titre original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes.* — 1° *Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original* ».

La grosse est la première expédition d'un acte public revêtue de la formule exécutoire. De là cette question, qui divise les auteurs : ces mots de l'article 1335 « grosses ou

[1] Larombière, VI, p. 240 (art. 1334, n. 3 *in fine*); Demolombe, XXIX, n. 686; Arntz, III, n. 346, al. 3. — Req., 9 nov. 1846, S., 47. 1. 56, D. P., 46. 1. 337.

[2] V. pour la discussion et pour les autorités en sens divers, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, I, n. 841. — V. aussi Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 45, n. 16 s.

premières expéditions » désignent-ils une seule et même espèce de copies, c'est-à-dire les premières expéditions revêtues de la formule exécutoire, en d'autres termes les grosses? en un mot, notre texte emploie-t-il les expressions *grosses* et *premières expéditions* comme synonymes?

L'affirmative est soutenue par Larombière et Laurent. L'art. 1335, disent-ils, renferme une redondance qui s'explique tout naturellement par ce fait que, pour désigner la première expédition revêtue de la formule exécutoire, on disait, dans les pays de coutume, *grosse*, et, dans les pays de droit écrit, *première expédition*. Le législateur a jugé à propos de reproduire cumulativement les deux anciennes dénominations. L'art. 854 C. pr. civ. corrobore cette interprétation, car il décide qu' « une *seconde expédition exécutoire* d'un jugement ne sera délivrée à la même partie qu'en vertu d'une ordonnance du président du tribunal où il aura été rendu ». Enfin une première expédition non revêtue de la formule exécutoire ne présente pas les mêmes garanties qu'une grosse (1).

Certains auteurs admettent, au contraire, que l'art. 1335-1° s'applique aux premières expéditions simples, mais seulement en ce qui regarde les actes qui ne sont pas susceptibles d'exécution, et pour lesquels, par suite, une expédition revêtue de la formule exécutoire n'est pas utile. Il faudrait donc qu'il s'agît d'actes destinés uniquement à constater l'existence d'un droit, tels qu'une reconnaissance de servitude ou une quittance (2).

Mais d'autres auteurs vont plus loin et ne distinguent pas entre les actes. Il n'y a pas de raison, disent-ils fort justement, pour que les premières expéditions non revêtues de la formule exécutoire ne soient pas toujours mises par le législateur, au point de vue de la force probante, sur la même ligne que les grosses : les unes comme les autres sont remises aux parties pour leur servir de titre; la délivrance des premières expéditions simples, comme celle des grosses, est

(1) Larombière, VI, 244-246 (art. 1335, n. 1); Laurent, XIX, n. 373.

(2) Duranton, XIII, n. 243, p. 237, note 1; Marcadé, V, sur l'art. 1335, II; Bonnier, *op. cit.*, n. 797.

une continuation du ministère du notaire; elle a lieu, elle aussi, à une époque rapprochée de la rédaction de l'acte. L'exactitude de la copie est donc garantie au même point dans les deux cas (1).

Toutefois, pour que la première expédition non revêtue de la forme exécutoire fasse la même foi que la grosse, il est nécessaire qu'elle porte cette mention qu'elle a été, en effet, tirée première (2).

2491 I. L'art. 1335-1° poursuit en ces termes : « *Il en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées* (3), *ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque* ».

On doit comprendre dans la classe des copies tirées par l'autorité du magistrat les copies *figurées*, c'est-à-dire les copies que les notaires doivent, conformément à l'art. 22 de la loi du 25 ventôse an XI, faire dresser de leurs minutes avant de s'en dessaisir, ce qui suppose que ce dessaisissement a été ordonné par un jugement (4). Ces copies, aux termes de l'article susindiqué, *tiennent lieu* de la minute. Elles font, par conséquent, la même foi que celle-ci (5).

Le texte ci-dessus transcrit vise les copies « tirées en présence des parties *et* de leur consentement »; il ne suffit donc pas que les parties soient présentes; il faut, en outre, qu'elles donnent leur consentement; mais la loi n'exige pas qu'il soit formel; il peut donc être tacite et résulter de la présence même des parties (6).

2491 II. « 2° *Les copies qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance*

(1) Toullier, VIII, n. 426; Demante et Colmet de Santerre, V, p. 244-246 (art. 1335, n. 1); Demolombe, XXIX, n. 690; Arntz, III, n. 347; Thiry, III, n. 143, p. 166.

(2) Demolombe, même numéro *in fine*.

(3) Cpr. Civ. rej., 22 déc. 1842, S., 43. 1. 141.

(4) V. *supra*, n. 2247.

(5) Bonnier, *op. cit.*, n. 801; Larombière, VI, p. 249 (art. 1335, n. 5); Demolombe, XXIX, n. 692.

(6) Larombière, VI, p. 250 (art. 1335, n. 6 *in fine*); Demolombe, XXIX, n. 693 *in fine*.

des grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, peuvent, au cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes; — Elles sont considérées comme anciennes quand elles ont plus de trente ans; — Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit ».

Quand une de ces copies n'est pas datée, la preuve de son ancienneté peut être faite par témoins ou par présomptions (1).

La loi dit que les copies anciennes « *peuvent*, au cas de perte de l'original, faire foi ». Il ne faut pas conclure du mot *peuvent* que la force probante de ces copies dépend de l'appréciation des juges. Du moment que l'*Exposé des motifs* reproduit les raisons données par Pothier (2), il faut admettre que le législateur a suivi l'opinion de ce jurisconsulte. Or Pothier dit que les copies anciennes « font foi contre tous » (3). Ces mots de l'art. 1335 « peuvent faire foi » visent donc l'autorité des copies anciennes, et non pas le pouvoir du juge (4).

B. *Copies qui peuvent servir seulement de commencement de preuve par écrit.*

2492. D'autres copies ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

α. Dans cette classe rentrent d'abord les copies dont il vient d'être question dans le 2° *in fine* de l'art. 1335. Nous ferons observer que ce texte apporte une exception notable au principe que le commencement de preuve par écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose. Aux yeux du législateur, une copie délivrée par un officier public, à raison de la pré-

(1) Larombière, VI, p. 254 (art. 1335, n. 11, dern. al.); Demolombe, XXIX, n. 694 *in fine*. — Cpr. Req., 10 nov. 1830, précité.

(2) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XII, I, p. 298, al. 2, Locré, XII, p. 402, n. 202, al. 5.

(3) *Oblig.*, n. 772 (édit. Dupin, I, p. 454).

(4) *Sic* Duranton, XIII, n. 245; Larombière, VI, p. 258 (art. 1335, n. 16); Laurent, XIX, n. 378.

somption d'exactitude qui s'y attache, a autant de valeur que le commencement de preuve par écrit tel qu'il est défini par l'art. 1347, al. 2. Elle autorise donc l'admission des témoignages et même des simples présomptions [1].

2492 I. β. Rentrent dans la même classe les copies dont il est question dans le 3° de l'art. 1335 : « 3° *Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit* ». Evidemment, dans ce cas, si le notaire appelé à délivrer la copie peut certifier sa conformité avec la pièce qui lui est présentée, il n'est pas en état de garantir que cette pièce est vraiment un original.

Mais, l'art. 22 de la loi du 25 ventôse an XI interdisant aux notaires de se dessaisir d'aucune minute, il est assez difficile de concevoir comment un notaire qui n'est pas le dépositaire d'une minute peut avoir qualité pour en délivrer une copie. La disposition du 3° de l'art. 1335 s'explique historiquement. Vers le XVIe siècle, en effet, il n'avait pas été encore défendu aux notaires de se dessaisir de leurs minutes; les parties en demandait souvent la remise et pouvaient ensuite en faire tirer des copies par un autre notaire. La disposition ci-dessus transcrite n'est en réalité qu'une survivance à peu près dépourvue d'intérêt pratique. Elle ne peut se trouver applicable que s'il y a eu infraction à l'art. 22 de la loi de ventôse [2].

C. *Copies ne pouvant servir que de simples renseignements.*

2493. Enfin d'autres copies ne peuvent servir que de simples renseignements. Ce sont les copies de copies, c'est-à-dire celles qui sont tirées sur de précédentes copies par un officier public. L'art. 1335 ajoute en effet : « 4° *Les copies de copies » pourront, suivant les circonstances, être considérées comme » simples renseignements* ».

On comprend que ces copies ne fassent pas la même foi.

[1] Cpr. Req., 16 fév. 1837, S., 37. 1. 642.
[2] Larombière, VI, p. 254-255 (art. 1335, n. 13); Demolombe, XXIX, n. 696.

que celles mentionnées dans les 1°, 2° et 3° de l'article 1335 : en ce qui les concerne, l'officier public n'a pas été en situation d'attester la sincérité ni même l'existence du titre original.

Quel est le sens de ces derniers mots : « *comme simples renseignements?* » D'une part, s'ils signifiaient que les juges peuvent avoir égard à ces copies dans les cas où l'art. 1353 autorise les présomptions, ils seraient inutiles, puisque, aux termes de ce dernier article, les présomptions « *sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat* ». D'autre part, ils ne veulent point dire que les copies des copies rendent admissible la preuve testimoniale. En effet, ainsi qu'on le voit en comparant le 3° et le 4° de l'art. 1335, elles ne sauraient fournir un commencement de preuve par écrit. Aussi, d'après la plupart des auteurs, les simples renseignements dont il est question dans notre texte ont pour effet de rendre possible la délation du serment supplétoire (1).

2494. La loi a fait à cette règle deux exceptions.

α. La première est écrite dans l'art. 1336 : « *La transcrip-* » *tion d'un acte sur les registres publics ne pourra servir que* » *de commencement de preuve par écrit : et il faudra même* » *pour cela : 1° Qu'il soit constant que toutes les minutes du* » *notaire, de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été fait,* » *soient perdues, ou que l'on prouve que la perte de la minute* » *de cet acte a été faite par un accident particulier ; — 2° Qu'il* » *existe un répertoire en règle du notaire, qui constate que* » *l'acte a été fait à la même date. — Lorsqu'au moyen du con-* » *cours de ces deux circonstances la preuve par témoins sera* » *admise, il sera nécessaire que ceux qui ont été témoins de* » *l'acte, s'ils existent encore, soient entendus* ».

La transcription au bureau des hypothèques, quand elle a pour objet un acte authentique, n'est qu'une copie de copie; car le conservateur se borne à reproduire sur ses registres une expédition de ce titre. Si, néanmoins, la transcription peut servir de commencement de preuve par écrit, c'est qu'à

(1) Marcadé, V, sur l'art. 1335, IV; Bonnier, *op. cit.*, n. 801; Colmet de Santerre, V, n. 304 *bis;* Demolombe, XXIX, n. 698. — V. cependant Larombière, VI, p. 264-265 (art. 1335, n. 23); Laurent, XIX, n. 381.

raison du caractère spécial de cette copie et des conditions exigées par l'article 1336, il est à présumer qu'elle a été tirée sur le titre original et qu'elle en est la reproduction exacte.

Toujours est-il que la disposition de l'article 1336 constitue une exception au principe posé par le second alinéa de l'article 1347. Elle considère, en effet, comme un commencement de preuve par écrit une copie qui n'émane pas de la partie à laquelle on l'oppose. Elle n'admet donc pas l'interprétation extensive.

2495. L'art. 1336 est évidemment inapplicable à la transcription des actes sous seing privé, car les conditions qu'il exige ne sauraient se réaliser pour ces actes. Si la solution contraire était admise, il n'y aurait aucune garantie contre les erreurs ou les fraudes que pourrait commettre la partie qui requiert la transcription (1).

2496. A plus forte raison la disposition de l'art. 1336 ne saurait être étendue à l'enregistrement de l'acte ; elle ne vise que la transcription ; or, comme nous venons de le dire, elle a un caractère exceptionnel, et, par conséquent, il faut l'interpréter restrictivement. On comprend du reste que l'analyse sommaire faite par le receveur ne présente pas les mêmes garanties d'exactitude que la copie littérale et complète en laquelle consiste la transcription. Mais, la disposition de l'art. 1336 constituant une dérogation, notre solution devrait être maintenue même dans le cas où l'acte aurait été transcrit intégralement sur les registres de l'administration de l'enregistrement (2).

(1) Duranton, XIII, n. 255; Marcadé, V, sur l'art. 1336, II, note 2; Colmet de Santerre, V, n. 305 *bis*-II; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 284 *in fine*, et p. 285, texte et note 7; Larombière, VI, p. 271 (art. 1336, n. 6); Demolombe, XXIX, n. 700. — Lyon, 22 fév. 1831, S., 31. 2. 280, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4407-1°. — Aix, 21 fév. 1840, S., 50. 2. 570, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4407 et v° *Nantissement*, n. 211.

(2) *Sic* Toullier, IX, n. 72; Marcadé, V, sur l'art. 1336, II; Bonnier, *op. cit.*, n. 805; Colmet de Santerre, V, n. 305 *bis*-III; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 285, texte et note 8; Larombière, VI, p. 271-272 (art. 1336, n. 7); Demolombe, XXIX, n. 701; Laurent, XIX, n. 384-385; Huc, VIII, n. 268, p. 335. — Grenoble, 5 juillet 1845, S., 46. 2. 387, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4407-3°. — Civ. rej., 28 décembre 1858, S., 59. 1. 909, D. P., 59. 1. 470. — Chambéry, 25 mars 1902, D. P., 1903. 2. 488. — V. aussi Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII,

2497. β. La seconde exception résulte de l'art. 844 du Code de procédure civile, qui reconnaît à la copie de la copie, dans le cas particulier qu'il prévoit (seconde grosse délivrée par voie d'ampliation sur une grosse déposée), non pas seulement l'autorité d'un commencement de preuve, mais une force probante entière, puisqu'elle tient lieu d'original.

2498. Nous avons démontré plus haut que les parties peuvent être autorisées par justice à faire photographier une pièce dont la garde a été confiée à un notaire, par exemple un testament olographe. L'emploi de ce procédé aura pour elles ce très grand avantage de leur faciliter l'examen d'une écriture ou d'une signature (1).

Mais les reproductions photographiques des actes sont des images et non pas des copies. Leur conformité avec l'original ne saurait être certifiée officiellement. Elle ne peut apparaître qu'à la personne qui a sous les yeux à la fois la pièce reproduite et la reproduction. En d'autres termes, pour établir cette conformité, il est indispensable de les rapprocher matériellement. Or, pour cela, il faut représenter l'original. C'est dire que l'image photographique n'a aucune force probante (2).

Toutefois, le juge ayant en matière de présomptions un pouvoir souverain d'appréciation, rien ne l'empêcherait, au cas où ce mode de preuve serait admissible, de fonder sa décision sur des inductions puisées dans un document de cette nature.

§ V. *Des actes récognitifs et confirmatifs.*

2499. Par cette rubrique, le législateur semble annoncer qu'il va s'occuper, dans ce paragraphe, de la *preuve littérale des reconnaissances* (actes récognitifs) *et des confirmations de droits* (actes confirmatifs). Il reste bien fidèle à ce programme pour les actes récognitifs; l'art. 1337, qui leur est consacré, se

p. 299, et Locré, XII, p. 403 *in fine*, et p. 404, n. 203; Jaubert, *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIII, p. 390 *in fine*, et p. 391, Locré, XII, p. 520 *in medio*, et 521, n. 22. — *Contra* Duranton, XIII, n. 255; Rolland de Villargues, *Répert. du notar.*, v° *Perte d'un acte, d'un titre*, n. 17. — Cpr. Req., 16 février 1837, S., 37. 1. 642.

(1) V. *supra*, n. 2250.

(2) Huc, VIII, n. 269, p. 335 *in fine* et p. 336.

borne à régler la force probante de l'écrit qui constate une reconnaissance. Mais, comme nous l'avons montré, il en sort complètement, quand il traite, dans les art. 1338 à 1340, des actes confirmatifs : il ne s'occupe pas seulement alors de la preuve de la confirmation, mais encore de la confirmation elle-même; il confond dans ses dispositions les conditions auxquelles est subordonnée la validité de la confirmation et les formes prescrites pour la validité de l'acte instrumentaire qui est destiné à la prouver.

Nous écartant sur ce point de l'ordre suivi par le législateur pour en adopter un plus méthodique, nous avons placé le commentaire des art. 1338 à 1340 immédiatement après l'étude des actions en nullité ou en rescision et avant celle de la prescription de l'art. 1304, prescription qui, nous l'avons dit, a pour fondement une confirmation tacite. Nous n'avons rien à ajouter à nos précédentes explications [1]. Il ne nous reste donc à examiner dans ce paragraphe que les dispositions relatives aux actes récognitifs.

I. *Définition de l'acte récognitif.*

2500. L'acte récognitif, que la loi appelle encore *titre nouvel* dans la matière des prescriptions, est celui qui est dressé pour constater la reconnaissance d'un droit réel ou personnel, déjà constaté par un acte antérieur. Par opposition, on appelle *acte primordial* celui qu'on a rédigé dès l'origine, lors de la formation du contrat.

On procède à la confection des actes récognitifs soit pour se procurer un *nouveau moyen de preuve* (les parties le dressent alors pour suppléer au titre primordial, quand ce titre est perdu, et parfois même quand il existe encore, en vue des chances de perte ou de destruction auxquelles il est exposé), soit pour *interrompre la prescription* des droits constatés dans un titre antérieur. Art. 2263 [2]. C'est seulement comme moyen de preuve que nous envisagerons ici l'acte récognitif.

[1] V. *supra*, n. 1984-2023.

[2] Il ne faut pas en conclure que la reconnaissance interruptive de prescription soit soumise, lorsqu'elle est expresse, aux règles de l'art. 1337. Aubry et Rau, 4e édit., II, p. 354, note 30, 5e édit., p. 515, note 39 ; Larombière, VI, p. 299-300

2501. Son caractère essentiel est d'être la reproduction, tout au moins en substance, d'un acte antérieur. Reconnaître, en effet, c'est avouer, constater ce qui est, et non créer ce qui n'est pas ou modifier ce qui est. « *Non interponuntur*, disait Dumoulin, *animo novæ faciendæ obligationis, sed solum, animo recognoscendi : inde simplex titulus novus non est dispositorius, sed declaratorius seu probatorius ; nec aliquid de novo inducit circa substantiam obligationis* » (1).

Par conséquent il ne faudrait pas regarder comme récognitif, alors même que les parties lui en auraient donné la qualification, l'acte par lequel elles ont constaté leur intention de substituer une obligation nouvelle à l'ancienne obligation ; c'est un titre primordial ; il est *non tantum probatorius, sed etiam dispositorius ;* il constate en effet une novation, et non une simple reconnaissance (2).

2502. L'acte récognitif n'étant qu'une nouvelle édition du titre primordial, il en résulte que les additions ou changements que contient l'acte récognitif n'ont absolument aucune valeur : « *Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primor-* » *dial,* dit l'art. 1337, al. 2, *ou ce qui s'y trouve de différent,* » *n'a aucun effet* ». Il est clair qu'en cas de désaccord entre les deux titres, c'est le titre primordial qui doit toujours l'emporter, quand ils sont tous deux représentés. Peu importe que l'acte récognitif énonce une obligation plus forte ou même moindre ; car il n'est pas plus fait pour diminuer que pour augmenter la dette qui se trouve constatée dans le titre antérieur. *Recognitio nil dat novi* (3).

(art. 1337, n. 25) ; Laurent, XXXII, n. 126 ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription,* n. 529.

(1) *Commentaires sur la coutume de Paris,* tit. I, § 48, gl. 1, n. 19.

(2) Toullier, VIII, n. 488 ; Marcadé, V, sur l'art. 1337, V ; Teste, *Encycl. du dr.,* v° *Acte récognitif,* n. 5 ; Zachariæ, § 338, texte et note 12 ; Colmet de Santerre, V, n. 307 *bis*-IV ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 286 ; Larombière, VI, p. 298 (art. 1337, n. 19 al. 2) ; Demolombe, XXIX, n. 708 et 717.

(3) Toullier, VIII, n. 489 ; Duranton, XIII, n. 262 ; Marcadé, *loc. cit.* ; Zachariæ, § 338, texte et note 11 ; Bonnier, *op. cit.,* n. 788 ; Colmet de Santerre, V, n. 307 *bis*-V ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 286 ; Larombière, VI, p. 287-289 (art. 1337, n. 10) ; Demolombe, XXIX, n. 716. — Toutefois, bien entendu, l'acte qui porte reconnaissance d'une partie seulement de la dette ne peut interrompre la prescription que dans la mesure où la dette est reconnue. Mais, comme le dit fort bien

Notre disposition s'applique, d'ailleurs, non seulement lorsque les additions ou modifications introduites dans l'acte récognitif portent sur « l'essence de l'obligation antérieure », mais aussi lorsqu'elles sont relatives « aux conditions accessoires ou extrinsèques à cette obligation », telles que la solidarité. La distinction contraire faite par la cour de Toulouse, dans un arrêt du 5 avril 1838 (1), est condamnée par le texte même de l'art. 1337 (*arg.* des mots : ou ce qui s'y trouve de *différent*).

La disposition du deuxième alinéa de cet article est d'ailleurs applicable soit au cas où la teneur de l'acte primordial est spécialement relatée dans l'acte récognitif, soit au cas où il existe plusieurs reconnaissances satisfaisant aux exigences de l'alinéa suivant (2).

II. *Force probante de l'acte récognitif.*

2503. L'art. 1337 distingue, au point de vue de leur force probante, deux espèces d'actes récognitifs de droits personnels : ceux dans lesquels la teneur du titre primordial est spécialement relatée et ceux dans lesquels cette condition ne se rencontre pas.

A. *Actes récognitifs dans lesquels la teneur du titre primordial est relatée.*

2504. Il y a d'abord ceux dans lesquels *la teneur du titre primordial est spécialement relatée :* ce qui arrive, non seulement quand l'acte récognitif est littéralement copié sur l'acte primordial, mais encore lorsqu'il reproduit l'ensemble de ses dispositions de manière à révéler l'intention de remplacer l'un de ces actes par l'autre. Pothier les appelait, d'après Dumoulin, actes récognitifs *in forma speciali* (3).

Demolombe : « La dette alors se trouverait diminuée, non point par l'effet du titre récognitif, mais par l'effet de la prescription ». — V. les auteurs susindiqués. — V. aussi Pothier, *op. cit.*, n. 580 (édit. Dupin, I, p. 458); Poujol, III, p. 206, n. 8; Laurent, XIX, n. 387, p. 413-414.

(1) S., 39. 2. 380, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4457.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 286; Laromlière, VI, p. 293-296 (art. 1337, n. 16); Demolombe, XXIX, n. 715.

(3) Dumoulin, *op. cit.*, tit. II, § 8, n. 89.

« *Les actes récognitifs,* dit l'art. **1337**, al 1, *ne dispensent* » *point de la représentation du titre primordial, à moins que* » *sa teneur n'y soit spécialement relatée* ». Donc, lorsque les parties ont pris le soin de relater la teneur de l'acte primitif (ce qui doit faire supposer que, dans leur pensée, le nouvel acte était destiné à servir de preuve), l'acte récognitif prouve par lui-même l'obligation qui s'y trouve rappelée.

Quelle est exactement la condition exigée ici par le législateur? Il ne suffit pas que l'acte récognitif relate la substance du titre primordial, que, par exemple, il indique simplement, d'une façon générale et plus ou moins vague, l'objet ou le montant de la dette. Il faut qu'il reproduise toutes les dispositions principales du titre primordial. Mais il n'est pas nécessaire qu'il soit la copie textuelle et intégrale de celui-ci.

On a invoqué en sens contraire l'autorité de Dumoulin : « *enarrato toto tenore confirmati... in longum* », dit-il (1). Mais plus loin, parlant de la confirmation *in forma speciali,* le même jurisconsulte se borne à exiger « *ut contineat et specificet saltem substantiam actus* » (2). Et, pour préciser la portée de la condition, il ajoute : « *Si renovatio esset indeterminata, nihil operaretur* » (3).

Les partisans de l'opinion adverse opposent également les termes de l'art. **1337**, qui exige la relation de la *teneur,* à ceux de l'art. **1338**, qui veut simplement que l'acte confirmatif d'une obligation annulable en contienne la *substance*. Mais, si la teneur est plus que la substance, il ne s'ensuit point qu'elle consiste dans la copie complète et littérale (4).

2504 I. D'ailleurs, pour que l'acte récognitif équipolle à l'acte primordial et dispense, par suite, le créancier de le représenter, une autre condition est requise; c'est que l'acte pri-

(1) *Op.* et *loc. cit.*
(2) *Eod. tit.*, n. 92.
(3) *Eod. tit.*, n. 95.
(4) Toullier, VIII, n. 484; Bonnier, *op. cit.*, n. 783; Taulier, IV, p. 501; Poujol, *op. cit.*, III, p. 205, n. 5; Colmet de Santerre, V, n. 307 *bis*-III; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 288, texte et note 10; Larombière, VI, p. 281-282 (art. 1337, n. 5); Demolombe, XXIX, n. 712; Laurent, XIX, n. 389; Arntz, III, n. 359; Thiry, III, n. 145, p. 171. — Req., 11 juin 1833, S., 33. 1. 763, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4443, *Forêts,* n. 1639-2°; 15 avril 1867, S., 67. 1. 140, D. P., 67. 1. 296.

mordial soit *perdu*. Car, si le débiteur établit qu'il existe encore, il peut en exiger la représentation; cette représentation, en effet, offre pour lui un intérêt légitime; elle lui permet de vérifier si l'acte récognitif contient quelque chose de plus ou de différent, ce qui est important, puisqu'il ne fait foi que de ce qui est relaté dans le titre original (1).

2505. La règle que l'acte récognitif ne dispense point de la représentation du titre primordial est étrangère aux actes portant reconnaissance de droits réels (arg. du mot *créancier*) (2). En ce qui regarde les servitudes, l'art. 695 est exclusivement applicable, et il doit être interprété en ce sens qu'un acte récognitif de servitude peut remplacer le titre constitutif lors même que la teneur de celui-ci n'y est pas relatée (3) : « Il suffit, comme l'a dit la cour de Poitiers dans un arrêt du 24 juin 1852, que le titre récognitif invoqué émane de celui qui a qualité pour reconnaître l'existence de la servitude et en détermine clairement la nature et la portée » (4).

B. *Actes récognitifs dans lesquels la teneur de l'acte primitif n'est pas relatée.*

2506. Il y a ensuite les actes récognitifs dans lesquels *la teneur du titre primitif n'est pas spécialement relatée*. Dumoulin, et après lui Pothier, les appelaient des actes récognitifs *in forma communi* (5).

(1) Poujol, *op. cit.*, p. 205, n. 7; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 288, texte et note 12; Demolombe, XXIX, n. 713; Laurent, XIX, n. 390; Huc, VIII, n. 270 *in fine*.

(2) Marcadé, VI, sur l'art. 1337, VI, al. 2; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 287; Demolombe, XXIX, n. 709; Huc, VIII, n. 270, p. 337 *in fine*. — V. cep. Bonnier, *op. cit.*, n. 791.

(3) Delvincourt, I, p. 417; Toullier, X, n. 312; Marcadé, II, n. 662 *in fine*, V, sur l'art. 1337, VI; Demante, II, n. 550 *bis*; Pardessus, II, n. 269; Aubry et Rau, 4e édit., III, p. 75, et VIII, p. 287, 5e édit., III, p. 131; Demolombe, XII, n. 757, et XXIX, n. 709; Laurent, VIII, n. 152 *bis*; Thiry, I, n. 800, p. 828 et la note 1, III, n. 145, p. 171 *in fine*; Huc, IV, n. 428; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n. 1095 *in fine*. — Req., 16 nov. 1829, S., IX. 1. 384, D., *Rép. alph.*, vo *Servitude*, n. 997; 23 mai 1855, S., 57. 1. 123, P., 57. 615; 21 nov. 1881, D. P., 82. 1. 478. — Dijon, 17 juill. 1891, joint à Req., 25 janv. 1893, S., 93. 1. 244, D. P., 93. 1. 382. — V. cep. Bonnier, *loc. cit.*

(4) Joint à Req., 23 mai 1865, précité.

(5) Dumoulin, *op. cit.*, *eod. tit.*, § 8, n. 88; Pothier, *op. cit.*, n. 778, al. 3.

Il résulte de l'art. 1337, al. 1, précité, que, dans cette hypothèse, l'acte récognitif ne dispense pas le créancier de représenter l'acte primordial, et ne le remplace pas, même quand il est perdu : ce qui signifie, en d'autres termes, qu'il ne prouve pas par lui-même l'existence de l'obligation. C'est là certainement une disposition que l'on doit regretter de voir figurer dans nos lois. Pothier, à qui les rédacteurs du Code l'ont empruntée, avait faussement interprété la doctrine de Dumoulin (1), en étendant aux actes récognitifs de droit commun une distinction qui n'était formulée par ce dernier jurisconsulte que pour les confirmations féodales (2).

Aujourd'hui la disposition de l'art. 1337, al. 1, n'a aucune raison d'être, et le législateur aurait dû décider que, dans tous les cas, la production du titre récognitif dispense le créancier de la représentation du titre primordial. N'est-ce pas en effet un aveu écrit de l'existence de la dette? Et pourquoi cet aveu ne fait-il pas toujours foi contre le débiteur, sauf à lui de prouver que le nouveau titre qu'on lui oppose diffère du titre original (3)?

2507. Mais alors on peut se demander à quoi servent les actes récognitifs qui ne relatent pas spécialement la teneur de l'acte primordial. D'abord ils peuvent valoir comme commencement de preuve par écrit, à l'effet de donner passage à la preuve testimoniale (4). Ensuite ils interrompent la prescription. Supposons que je sois créancier d'une rente annuelle et perpétuelle de 1.000 francs; lorsque trente ans se seront écoulés depuis la date de l'acte, le débi-rentier viendra peut-être soutenir que la rente est éteinte par la prescription.

(1) V. Dumoulin, *op. cit.*, tit. I, § 8, n. 84 et 85.

(2) V. Pothier, *Des oblig.*, n. 777 s. (édit. Dupin, I, p. 457-458).

(3) Malleville, sur l'art. 1337; Delvincourt, II, p. 391; Toullier, VIII, n. 473 à 483, X, n. 312 à 333; Duranton, XIII, n. 263; Marcadé, V, sur l'art. 1337, II; Bonnier, *op. cit.*, n. 783; Zachariæ, § 338, texte et note 14; Mourlon, II, n. 1588; Colmet de Santerre, V, n. 307 *bis*-I; Aubry et Rau, 4e édit, VIII, p. 286-287, note 5; Demolombe, XXIX, n. 704, 706 et 707; Laurent, XIX, n. 393; Thiry, III, n. 145, p. 171 *in medio*. — Cpr. Larombière, VI, p. 296-297 (art. 1337, n. 17); Huc, VIII, n. 271, p. 339 *in fine* et p. 340.

(4) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 288; Larombière, VI, p. 297 (art. 1337, n. 18); Demolombe, XXIX, n. 707; Laurent, XIX, n. 392. — Angers, 19 janv. 1843, S., 43. 2. 340, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4465.

J'allèguerai, il est vrai, que la prescription a été interrompue par le paiement des arrérages, mais comment prouverai-je mon affirmation ? Les quittances, qui constatent ce paiement, sont entre les mains du débiteur, et il se gardera bien de les produire. Eh bien ! je puis détourner le danger dont je suis menacé en le contraignant, quelque temps avant que la prescription soit accomplie, à me délivrer un titre nouvel qui rajeunira de trente ans mon titre primordial. Art. 2263 (1).

2508. La règle posée par le premier alinéa de l'art. 1337 reçoit exception, quand l'acte récognitif qui ne relate pas spécialement la teneur du titre primordial, remplit les conditions indiquées par le troisième alinéa du même article : « *Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial* ». Ainsi, pour que le créancier échappe à l'application du principe formulé dans le premier alinéa de notre article, quatre conditions sont requises : 1° la pluralité des reconnaissances ; 2° la conformité de ces actes (2) ; 3° l'ancienneté de l'un d'eux ; 4° la possession à l'appui.

Toutefois, lors même que ces conditions se trouvent réunies, le créancier n'est pas nécessairement dispensé de représenter le titre primordial. Mais, quand il allègue que ce titre est détruit ou perdu, le juge a un pouvoir discrétionnaire pour décider, suivant le degré de vraisemblance de cette assertion, s'il convient ou non de reconnaître à l'acte récognitif la même force probante qu'au titre original (3).

2509. En matière de commerce, où la preuve testimoniale et les présomptions ordinaires sont indéfiniment admises, les dispositions de l'art. 1337 sont inapplicables. Au reste, les

(1) Larombière, *op. cit.;* Demolombe, XXIX, n. 706 *in fine.* — V. aussi Pothier, *op. cit.*, n. 778, al. 3.

(2) Mais la loi n'exige pas l'identité littérale des reconnaissances. Larombière, VI, p. 290 *in fine* (art. 1337, n. 13, al. 4).

(3) Bonnier, *op. cit.*, n. 786; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 289; Larombière, VI, p. 291 (art. 1337, n. 14); Demolombe, XXIX, n. 714 *in fine;* Laurent, XIX, n. 391, p. 418 *in medio;* Huc, VIII, n. 271, p. 339 *in medio.*

règles posées dans ce texte sont incompatibles avec la simplicité des opérations commerciales (1).

C. *Formes des actes récognitifs, capacité nécessaire pour les passer.*

2510. Les actes récognitifs sont, bien entendu, en ce qui concerne leur forme, assujettis, non seulement aux conditions spéciales requises par l'art. 1337, mais encore aux conditions générales exigées par la loi pour la validité et la régularité soit des actes authentiques, soit des actes sous seing privé (2).

2511. On ne saurait passer valablement un acte récognitif que si l'on a la capacité de s'obliger (3). Telle est bien la pensée de Pothier quand il dit que l'auteur de la reconnaissance doit avoir « la disposition de ses droits » (4).

SECTION II

DE LA PREUVE TESTIMONIALE

2512. La preuve testimoniale est celle qui résulte des déclarations orales des témoins. On appelle témoin une personne qui a perçu directement par ses propres sens le fait contesté. Elle est témoin *oculaire,* si elle a vu ; *auriculaire,* si elle a entendu.

Quelquefois on admet à témoigner des personnes qui ont seulement entendu raconter le fait litigieux et qui déposent par ouï-dire, indépendamment de toute perception directe. C'est *la preuve par commune renommée,* preuve testimoniale affaiblie, parce qu'elle repose sur un témoignage indirect, et, par conséquent, très dangereuse. Nous en traiterons dans un appendice à la preuve testimoniale (5).

2513. La matière de la preuve testimoniale présente à étudier deux grandes questions : quand cette preuve est-elle

(1) Bonnier, *op. cit.*, n. 788; Larombière, VI, p. 299 (art. 1337, n. 22); Demolombe, XXIX, n. 710; Huc, VIII, n. 271 *in fine*, p. 340. — Civ. rej., 29 décembre 1835, S., 36. 1. 751, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4467, 5053-4°.

(2) Larombière, VI, p. 299 (art. 1337, n. 23).

(3) Larombière, VI, p. 299 (art. 1337, n. 24); Demolombe, XXIX, n. 719.

(4) *Oblig.*, n. 778, al. 2.

(5) V. *infra*, n. 2651 s.

admissible? et puis comment est-elle administrée, c'est-à-dire comment est-elle obtenue? Le Code civil ne résout que la première; il s'occupe exclusivement de l'admissibilité de la preuve testimoniale. Quant à l'administration de cette preuve, en d'autres termes quant à la forme dans laquelle elle doit se manifester, elle est réglée par les lois sur la procédure, auxquelles nous renvoyons (C. pr., art. 252 à 294; 407 à 413). La procédure à l'aide de laquelle on obtient la preuve testimoniale porte le nom d'*enquête*.

2514. Les règles fondamentales sur l'admission de la preuve par témoins sont tracées dans l'art. **1341**, ainsi conçu : « *Il » doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée, » de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cin- » quante francs, même pour dépôts volontaires; et il n'est » reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu » aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, » lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme » ou valeur moindre de cent cinquante francs; — Le tout sans » préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au » commerce* ». Cet article formule un double principe. — Le premier ordonne aux parties de passer acte de tout fait juridique excédant la valeur de 150 francs. — Le second suppose qu'un acte a été rédigé, et il interdit la preuve par témoins de toute convention, quelle qu'en soit la valeur, qui tendrait à compléter ou à modifier les dispositions de l'acte.

Ces deux principes qui ont pour objet de restreindre ou de prohiber l'admission de la preuve testimoniale, ne sont pas absolus; ils ont reçu de la loi quelques exceptions qui viennent en tempérer la rigueur en permettant sous certaines conditions la preuve par témoins.

Ces simples observations nous suggèrent la méthode à suivre pour l'exposition de cette importante matière. Notre étude sera divisée en deux parties principales : dans la première, consacrée à l'explication du double principe formulé par l'art. 1341, nous parlerons des cas dans lesquels la preuve testimoniale n'est pas reçue; dans la seconde, nous dirons dans quels cas, au contraire, cette preuve est admise.

§ I. *Des cas dans lesquels la preuve testimoniale n'est pas admise.*

1. Premier principe. — *Interdiction de la preuve testimoniale quand l'intérêt excède 150 francs.*

2515. Il doit être passé acte de tout fait juridique dont l'objet est d'une valeur supérieure à cent cinquante francs. Art. 1341, 1re partie. La loi n'admet donc pas la preuve testimoniale pour établir l'existence d'un fait juridique de cette importance. Telle est certainement la sanction de notre principe : du moment que la section dont nous venons d'aborder le commentaire est consacrée à la preuve testimoniale et non à la preuve littérale, le législateur, en y prescrivant l'emploi de la seconde à partir d'un certain taux, a entendu interdire, au-dessus de ce même taux, l'usage de la première. Au surplus, Pothier formulait notre règle en ces termes : « Celui qui a pu se procurer une preuve littérale n'est pas admis à faire preuve testimoniale lorsque la chose excède 100 livres... » (1). *Adde* arg. art. 1343.

La prohibition de la preuve testimoniale, n'étant qu'une conséquence de la règle qui prescrit l'emploi de la preuve littérale, n'est pas applicable hors du domaine de cette règle (2).

La formule de Pothier est encore préférable à celle du législateur en ce qu'elle n'est pas de nature, comme celle-ci, à tromper sur la véritable portée du principe. La vérité n'est point que, pour les faits juridiques ayant un objet d'une valeur supérieure à 150 francs, la preuve par écrit est seule autorisée, mais simplement que la preuve par témoins est interdite. Il s'ensuit que, dans le cas prévu, les autres modes de preuve, notamment l'aveu et le serment, sont admissibles (3).

(1) *Oblig.*, n. 785, al. 6 (édit. Dupin, I, p. 463).

(2) Cette proposition engendre d'importantes conséquences. — V. *infra*, n. 2530, 2549-2551.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 315 *bis*-IV et n. 315 *bis*-V; Demolombe, XXX, n. 10-12; Huc, VIII, n. 279, p. 351.

Est-il besoin de faire observer que c'est uniquement au point de vue de la preuve que le législateur dispose dans l'art. 1341 ? Le défaut de rédaction d'un écrit n'entraîne donc pas la nullité de l'acte juridique, sauf exception pour les actes solennels (¹).

A. *Origine du principe.*

2516. C'est une vérité historique que la faveur attachée à la preuve testimoniale est en raison inverse de la diffusion des lumières et de la civilisation. Les législations primitives l'admettent sans réserve ; les législations des peuples qui se perfectionnent et se civilisent, l'excluent peu à peu, et finissent par ne plus l'autoriser qu'exceptionnellement. Dans l'ancien droit romain et pendant toute la période du moyen-âge, l'admissibilité indéfinie de la preuve testimoniale constituait un principe nécessaire, parce que, dans ces sociétés en voie de formation, l'écriture était inconnue ou du moins ignorée du plus grand nombre. Mais, à mesure que son usage se répand et se généralise, la preuve littérale se substitue progressivement dans la loi au simple témoignage oral ; elle présente en effet sur lui l'avantage de ne rien oublier et de ne pouvoir tromper. C'est ainsi que l'invention de l'imprimerie en 1436, introduite à Paris en 1470 seulement, et la vulgarisation toujours croissante du papier préparèrent les voies à la célèbre ordonnance de Moulins, du mois de février 1566, qui, dans notre histoire nationale, marque la fin de l'empire absolu qu'avait jusqu'alors exercé la preuve testimoniale. Par son art. 54, elle ordonna d'abord de passer acte de toutes choses excédant la somme de cent livres : au delà de cette valeur, on devait rédiger un écrit. Elle défendit en outre, quand un acte avait été dressé, de prouver par témoins à l'encontre de ses dispositions, même au-dessous de cent livres. C'était établir la prééminence de la preuve écrite sur la preuve orale. Ce changement législatif fut, dans le principe, assez mal accueilli dans la pratique. La maxime *Témoins passent lettres* avait poussé des racines trop profondes, pour que l'on pût se résigner facilement à accepter une

(¹) Rouen, 28 nov. 1900, *Rec. Rouen,* 1900. 1. 235.

disposition qui imposait la règle contraire *Lettres passent témoins*. Mais l'innovation était mûre, et elle prévalut. Juste un siècle après, l'ordonnance de Louis XIV, de 1667, sur la réforme de la justice, vint lui donner une consécration définitive (titre XX, art. 2). L'art. 1341 du Code civil n'est que la reproduction, dans un style rajeuni, des dispositions des ordonnances de 1566 et de 1667 (1).

B. *Motifs du principe.*

2517. En prohibant la preuve testimoniale de tout fait juridique présentant un intérêt supérieur à 150 fr., le législateur moderne n'a fait qu'obéir au double mobile qui avait inspiré le législateur de l'ancien droit. Il a voulu d'abord restreindre le nombre des procès, en obligeant les particuliers à se procurer dès l'origine une preuve écrite de leurs opérations juridiques. Il s'est aussi proposé (mais ce motif n'a pas eu la même influence que le premier) d'écarter le danger de la subornation des témoins (2).

Pour les faits de minime importance, c'est-à-dire ne soulevant qu'un intérêt de 150 fr. ou au-dessous, la loi se relâche de sa rigueur et déclare admissible la preuve testimoniale. On a dit que la corruption des témoins était alors moins à craindre; mais, ce que le législateur a surtout considéré, c'est qu'il ne pouvait en pareil cas mettre les contractants illettrés, en leur retirant le bénéfice de la preuve orale, dans la nécessité de faire les frais et de subir les lenteurs d'un acte notarié (3).

2518. On le voit, les motifs qui ont poussé le législateur à prohiber la preuve testimoniale au-dessus de 150 fr. sont puisés dans des considérations d'ordre public au premier chef. Il n'a pas seulement voulu protéger l'intérêt privé du

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 301 et 303, et Locré, XII, p. 406, n. 209, et p. 407, n. 210; Jaubert, *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIII, p. 395-396, et Locré, XII, p. 525-526, n. 26.

(2) Cpr. Mourlon, II, n. 1599; Colmet de Santerre, V, n. 315 *bis*-II, et n. 315 *bis*-III; Larombière, VI, p. 402-405 (art. 1341, n. 4); Demolombe, XXX, n. 8; Laurent, XIX, n. 395; Arntz, III, n. 376; Planiol, II, 1re édit., n. 1149, 2e et 3e édit., n. 1106. — V. aussi Pothier, *Oblig.*, n. 785.

(3) V. *infra*, n. 2530.

plaideur contre le danger des faux témoignages; son but principal a été de sauvegarder un intérêt supérieur en diminuant le nombre des procès et en bannissant de l'enceinte judiciaire le scandale de honteuses spéculations.

Il faut en conclure, à notre avis, que la prohibition de la preuve par témoins est d'*ordre public*. C'est aussi l'opinion qui paraît aujourd'hui prévaloir en doctrine (1).

Ce caractère reconnu, on est conduit à cette conséquence que le juge doit rejeter d'office la preuve testimoniale dans les cas où la loi la repousse, et cela alors même que la partie intéressée, contre laquelle on l'invoque, y donnerait son consentement formel. Le principe de l'art. 1341 est au-dessus des conventions privées. Arg. art. 6 (2).

(1) *Sic* Merlin, *Rép.*, v° *Preuve*, sect. II, § 3, n. 28 s.; Toullier, IX, n. 36 s.; Boncenne, *Th. de la proc. civ.*, p. 223; Taulier, IV, p. 531; Marcadé, V, sur l'art. 1348, VIII; Poujol, III, p. 268, sur l'art. 1341, n. 17; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 295, texte et note 3; Faustin-Hélie, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, année 1857, XI, p. 496; Larombière, VI, p. 480-483 (art. 1347, n. 1); Demolombe, XXX, n. 213; Laurent, XIX, n. 397. — Cass. belge, 3 janv. 1856, *Pasicr.*, 56. 1. 178. — Caen, 30 avril 1860, S., 61. 2. 93, D. P., 61. 2. 56. — Liège, 3 déc. 1879, *Pasicr.*, 80. 2. 94. — Trib. de Luxembourg, 23 mars 1892, S., 93. 4. 23. — *Contra* Duranton, XIII, n. 308; Bonnier, *op. cit.*, n. 177; Colmet de Santerre, V, n. 325 *bis*-II; Arntz, III, n. 379; Huc, VIII, n. 290, p. 367-369; Req., 22 juill. 1878, S., 79. 1. 213, D. P., 80. 1. 447, sous note *a*. — Civ. rej., 24 août 1880, S., 80. 1. 413, D. P., 80. 1 447; 26 juin 1882, S., 83. 1. 214, D. P., 83. 1. 78; 21 avril 1886, D. P., 86. 1. 393; 1er juin 1893, S., 93. 1. 285, D. P., 93. 1. 445; 23 avril 1894, S., 98. 1. 442, D. P., 94. 1. 327; 8 juin 1896, S., 97. 1. 178, D. P., 97. 1. 464. — Req., 17 déc. 1900, D. P., 1903. 1. 76; 7 juin 1901, S., 1902. 1. 136, D. P., 1903. 1. 397; 11 fév. 1902, S., 1904. 1. 36; 20 oct. 1903, S., *ibid.*, D. P., 1904. 1. 42. — Civ. rej., 30 déc. 1903, S., 1906. 1. 452, D. P., 1904. 1. 93. — Dijon, 1er fév. 1904, S., 1905. 2. 261, D. P., 1905. 2. 308. — Req., 10 mai 1905, D. P., 1905. 1. 428; 4 juil. 1905, S., 1906. 1. 88. — Rouen, 27 janv. 1906, S., 1907. 2. 39, *Gaz. Pal.*, 1906. 1. 561. — V. aussi Planiol, II, 1re édit., n. 1149, 2e et 3e édit., n. 1106. — V. aussi Trib. civ. Saint-Calais, 28 nov. 1902, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 700. — De l'idée que la règle dont nous parlons n'est pas d'ordre public la jurisprudence conclut que le moyen fondé sur la violation ou la fausse application de cette règle ne peut pas être présenté pour la première fois devant la cour de cassation. — Req., 22 juill. 1878, Civ. rej., 26 juin 1882, Req., 1er juin 1893, Civ. rej., 8 juin 1896, Req., 17 déc. 1900, 7 juin 1901, 11 fév. 1902, 20 oct. 1903, 30 déc. 1903, 10 mai 1905 et 4 juill. 1905, précités. — Civ. cass., 23 janv. 1895, S., 96. 1. 90.

(2) Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Preuve*, n. 41-42; Marcadé, Poujol, *loc. cit.*; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 295, texte et note 5; Larombière, VI, p. 483-485 (art. 1347, n. 2); Demolombe, XXX, n. 216-217; Laurent, XIX, n. 398. — Gand, 6 nov. 1841, *Pasicr.*, 42. 2. 43. — Trib. de Luxembourg, 23 mars 1892, précité. — *Contra* Civ. rej. 24 août 1880, précité.

Par application du même principe, la partie qui a accepté une enquête dans une matière supérieure à 150 fr., peut arguer de nullité le jugement qui l'a ordonnée (1).

C. *Portée du principe.*

2519. L'obligation de rédiger un acte authentique ou sous seing privé ne s'applique pas sans distinction à tous les faits dont on peut avoir à justifier l'existence devant les tribunaux. Le principe qui la formule a reçu de la loi deux limitations : l'une tient à la nature du fait à prouver, l'autre est relative à sa valeur pécuniaire.

N° 1. *Limitation tenant à la nature du fait à prouver.*

2520. Malgré la généralité des termes de l'art. 1341, on admet que l'obligation qu'il impose de rédiger un acte écrit en matière excédant 150 fr. ne s'applique qu'aux *actes juridiques,* c'est-à-dire à ceux qui ont pour résultat direct et nécessaire de créer, de transférer, de modifier, de confirmer, de reconnaître ou enfin d'éteindre un droit ou une obligation (exemples : une vente, une transaction, un paiement), mais non aux simples faits, qui, par eux-mêmes et par eux seuls, n'engendrent ni obligation, ni libération (2).

Ces derniers pourront donc être prouvés indéfiniment par la preuve testimoniale : « Quant aux faits, dit Jaubert dans son rapport au Tribunat, il fallait bien le plus souvent se confier à la preuve testimoniale. Les actions *purement physi-*

(1) *Sic* Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 43; Poujol, *loc. cit.*; Larombière, VI, p. 484 (art. 1347, n. 2); Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, XIX, n. 399. — *Contra* Bourges, 16 déc. 1826, S. chr., VIII. 2. 300, col. 3, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4615-2°. — Rennes, 25 fév. 1841, S., 41. 2. 427, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4615-1°. — Bordeaux, 16 janv. 1846, S., 46. 2. 209, D. P., 46. 2. 82. — Req., 5 août 1847, D. P., 47. 1. 349. — Bordeaux, 24 mars 1886, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 86. 65. — Rouen, 27 janv. 1906, précité. — V. aussi Req., 11 mars 1856, D. P., 56. 1. 147. — Civ. rej., 8 juin 1869, D. P., 69. 1. 303; 21 avril 1886 et 23 avril 1894, précités.

(2) Mourlon, II, n. 1600, al. 6; Colmet de Santerre, V, n. 315 *bis*-VI, et 315 *bis*-VII; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 300-301, texte et note 4; Larombière, VI, p. 406-407 (art. 1341, n. 6); Demolombe, XXX, n. 13-14; Laurent, XIX, n. 405-406; Arntz, III, n. 381; Thiry, III, n. 151, p. 178; Huc, VIII, n. 280; Planiol, 1re édit., II, n. 1152, 2e et 3e édit., n. 1109.

ques, presque toujours instantanées, presque toujours l'ouvrage d'un seul, *ne peuvent être constatées par des écrits* » (1).

Peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse d'événements naturels, tels que la foudre, l'inondation, ou de faits humains, comme l'ensemencement et la récolte d'un fonds de terre, la construction ou la réparation d'une maison, l'action de passer seul, en charrette ou avec troupeau, etc. Le législateur pouvait bien commander aux particuliers de se ménager la preuve littérale des faits qu'ils accomplissent quand, dès ce moment, ils sont à même de prévoir qu'à raison de leurs conséquences juridiques, ces faits sont susceptibles de devenir l'objet d'un débat judiciaire; mais son ordre eût été inutile et vexatoire, appliqué à des faits, qui, n'engendrant pas immédiatement des rapports juridiques et ne devant en engendrer qu'accidentellement, ne laissent pas entrevoir à leurs auteurs la nécessité de les prouver en justice (2).

2521. Il y a des faits complexes qui présentent un élément matériel et un élément juridique. En ce qui les regarde, le principe s'appliquera divisément : la preuve testimoniale ne sera pas admissible, si elle est offerte pour établir l'existence de l'élément juridique; on devra l'admettre au contraire pour prouver l'existence de l'élément matériel (3).

Ainsi la possession est en principe un fait purement maté-

(1) Fenet, XIII, p. 396; Locré, XII, p. 526, n. 26.

(2) Colmet de Santerre, *loc. cit.;* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 301-302, texte et note 5 à 8; Demolombe, XXX, n. 15; Laurent, XIX, n. 407-408; Arntz, III, n. 381, al. 2; Huc, Thiry, *loc. cit.;* Planiol, II, 1re édit., n. 1152, al. 4, 2e et 3e édit., n. 1109, al. 3. — Civ. rej., 23 mai 1860, S., 60. 1. 792, D. P., 60. 1. 384. — Civ. cass., 13 juill. 1874, S., 74. 1. 365, D. P., 75. 1. 173. — Rennes, 5 déc. 1879, D. P., 81. 2. 218; 28 mai 1888, S., 88. 1. 424, D. P., 88. 1. 481. — Alger, 23 déc. 1895, D. P., 97. 2. 453. — Req., 8 mars 1898, S., 1902. 1. 523, D. P., 98. 1. 504. — *Sic,* spécialement pour la preuve des prestations d'aliments, Trib. civ. Lombez, 5 août 1891, D. P., 93. 2. 491. — *Contra* pour la preuve de ce même fait, Req., 4 avril 1837, D., *Répert. alph.,* v° *Oblig.,* n. 4660. — Bordeaux, 24 août 1864, D., *op. cit.,* v° *Preuve,* n. 18. — « La gestion volontaire des affaires d'autrui, reposant uniquement sur des faits, ne peut être soumise, quant à la preuve de son existence, aux prohibitions édictées par les art. 1341 et 1985 ». Req., 2 mai 1892, S., 92. 1. 304, D. P., 93. 1. 316. — *Adde* Req., 2 mars 1881, S., 82. 1. 23. — Civ. rej., 12 mars 1889, S., 89. 1. 249, D. P., 90. 1. 15. — V. aussi Req., 18 fév. 1878, S., 81. 1. 72.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 303; Demolombe, XXX, n. 17; Laurent, XIX, n. 432; Huc, VIII, n. 280, al. 3.

riel : mais il s'y mêle un élément juridique lorsqu'on prétend avoir possédé par l'intermédiaire d'un fermier : ce sont les rapports dérivant du contrat de bail. La preuve par témoins, recevable pour prouver les actes possessoires, sera rejetée en tant qu'il s'agira d'établir la qualité de fermier chez le possesseur (1).

On doit faire la même distinction relativement à la faute contractuelle. La faute est un fait matériel de négligence ou d'imprudence, pour lequel la preuve testimoniale sera indéfiniment admise; mais, avant tout, il faudra démontrer l'existence du contrat, et, en principe, on ne pourra pas le faire à l'aide de la preuve testimoniale (2).

2522. Le principe qui prescrit de passer acte ne comprend donc que les faits juridiques; mais, en retour, il les comprend *tous,* quel que soit leur caractère. Ainsi, ce ne sont pas seulement les *conventions* qui devront être constatées par écrit; il en est de même des faits simplement *unilatéraux,* tels que la confirmation expresse ou la reconnaissance d'un droit. L'intention du législateur n'est pas douteuse sur ce point. Le projet de l'art. 1341 contenait ces mots : « Il doit être passé acte de *toutes conventions* pour choses..... »; or les mots *toutes conventions* ont été effacés dans la rédaction définitive, et remplacés par une formule beaucoup plus générale (3).

D'ailleurs, les auteurs du Code ont certainement voulu consacrer la doctrine traditionnelle que Pothier nous fait connaître en ces termes : « L'ordonnance de 1667 ayant évité de se servir de ce terme de *contrats* et ayant dit *seront passés actes de toutes choses,* on ne doit pas douter que sa

(1) *Sic* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 303, texte et note 9; Laurent, XIX, n. 432; Huc, VIII, n. 280, p. 353 *in fine.* — *Contra* Bonnier, n. 153, p. 133; Latreille, *Rev. prat.,* année 1872, XXXIII, p. 28; Demolombe, XXX, n. 20; Planiol, II, 1re édit., p. 345, note 1, 2e édit., p. 344, note 1, 3e édit., p. 372, note 1. — Pau, 17 nov. 1865, S., 66. 2. 153, D. P., 66. 2. 164.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 304, Demolombe, XXX, n. 17 *in fine;* Laurent, XIX, n. 433; Huc, VIII, n. 280, p. 354. — V. aussi Duranton, XIII, n. 359.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 299, note 1; Larombière, VI, p. 406-407 (art. 1341, n. 6); Demolombe, XXX, n. 14; Laurent, XIX, n. 406; Huc, VIII, n. 280, al. 2; Planiol, II, n. 1152, al. 1, 2e et 3e édit., n. 1109, al. 1; Beudant, *Les contrats et les obligations,* n. 1039. — Req., 18 juillet 1906, S., 1906. 1. 488, D. P., 1907. 1. 111.

disposition ne renferme non seulement les conventions, mais généralement toutes les choses dont celui qui demande à faire preuve a pu s'en procurer une par écrit » (1).

Relevons, dans la jurisprudence, une intéressante application de notre principe : l'apposition par une personne de sa signature sur un billet par lequel elle se serait reconnue débitrice d'une somme réclamée n'est pas susceptible d'être prouvée par témoins. Il s'agit ici, non point d'un fait matériel pur et simple, mais d'un fait juridique proprement dit, car il était de nature à établir le fait contesté (2).

2523. On peut s'étonner que notre article ait prévu, pour le soumettre à la règle, le cas du dépôt volontaire, c'est-à-dire du dépôt qui se fait en vertu d'un consentement libre et spontané. — *Adde* art. 1923. — Quelle utilité y avait-il à s'expliquer sur ce contrat particulier? Pothier nous apprend qu'avant l'ordonnance de 1667, et malgré les termes généraux de celle de Moulins, il s'était élevé quelques doutes sur le point de savoir si le dépôt volontaire était compris dans sa disposition (3). Le dépositaire, disait-on, remplit un office d'ami, et il est moralement impossible au déposant de lui demander une reconnaissance écrite d'un dépôt dont il ne consent à se charger que pour lui faire plaisir. Malgré le vœu émis par Cujas, l'ordonnance de 1667 ne s'arrêta pas à cette considération, ainsi qu'en témoignent les mots *mêmes pour déposts volontaires* (tit. XX, art. 2). Et c'est avec raison. On peut, sans faire injure au dépositaire, lui demander un écrit ; car cette précaution est prise moins contre lui-même, en qui l'on a une entière confiance, que contre ses héritiers, qui, après sa mort et dans l'ignorance du dépôt, refuseraient peut-être la restitution au déposant (4).

2524. Avant l'ordonnance de 1667, la même question s'était posée pour le prêt à usage, et quelques arrêts avaient

(1) *Oblig.*, n. 786, al. 3 (édit. Dupin, I, p. 463).
(2) Req., 18 juillet 1906, précité.
(3) Pothier, *Oblig.*, n. 787 (édit. Dupin, I, p. 464).
(4) Toullier, IX, n. 29 ; Poujol, III, p. 282, sur l'art. 1341, n. 34 ; Mourlon, II, n. 1600 *in fine* ; Colmet de Santerre, V, n. 315 *bis*-VIII ; Demolombe, XXX, n. 21 ; Laurent, XIX, n. 410 ; Thiry, III, n. 151, p. 179 ; Huc, VIII, n. 280, p. 353 ; Planiol, II, 1re éd., n. 1164, 2e et 3e éd., n. 1120.

décidé que l'existence de ce contrat pouvait être établie au moyen de la preuve testimoniale. Mais, après que l'ordonnance sus-indiquée eut déclaré que le dépôt volontaire était compris dans la règle, on admit sans difficulté qu'à plus forte raison il en était ainsi du prêt à usage (1). Aujourd'hui cette solution ne saurait faire l'objet d'un doute (2).

N° 2. *Limitation relative à la valeur pécuniaire de la chose, objet du fait juridique.*

a. A quel chiffre doit s'élever la valeur pour que la rédaction d'un écrit soit nécessaire.

2525. L'art. 1341 n'exige la rédaction d'un acte qu'autant que la chose, objet du fait juridique qu'il s'agit de constater, a une valeur *supérieure à cent cinquante francs*. Le Code a modifié, en l'élevant, le taux fixé par l'ordonnance de 1667 : 150 francs au lieu de 100 livres. Mais, par suite de la dépréciation des valeurs monétaires, 150 francs valent moins aujourd'hui que 100 livres ne valaient en 1667. La rigueur de la loi à l'endroit de la preuve testimoniale se trouve ainsi avoir augmenté plutôt que diminué. Le tribun Jaubert en fait la remarque dans son rapport : « Cette augmentation de 50 francs n'est pas proportionnelle à la valeur relative des espèces. Mais, d'une part, les circonstances morales ne sont pas propres à encourager le législateur à donner plus de latitude à la preuve testimoniale; de l'autre, il a dû considérer que l'usage de l'écriture est devenu plus familier » (3).

2526. L'application de la limite légale ne soulève aucune difficulté, lorsque le fait juridique qu'il s'agit de prouver a pour objet une somme d'argent. Mais, dans les autres cas, il est nécessaire de procéder à une évaluation (4). Le juge, étant

(1) Pothier, *op. cit*, n. 787, al. 2.

(2) Toullier, IX, n. 30 ; Demolombe, XXX, n. 22.

(3) Fenet, XIII, p. 396 *in fine :* Locré, XII, p. 527, n. 26 *in fine*.

(4) On ne saurait être admis à prouver par témoins une autorisation ayant pour objet un droit général de construire, c'est-à-dire une valeur indéterminée, si le juge ne déclare pas, par une appréciation souveraine qu'il a le droit de faire, que ce droit de construire, considéré en lui-même, est d'une valeur inférieure à 150 fr. Peu importe que celle du terrain sur lequel ce droit est concédé n'atteigne pas ce chiffre. Poitiers, 6 mai 1891, *Rec. Poitiers*, 1891. 280.

expert de droit, pourra faire l'estimation lui-même, sauf à ordonner une expertise s'il ne dispose pas de moyens suffisants [1].

2527. Il faut procéder à cette estimation régulière lors même que le demandeur a fixé, dans ses conclusions, la valeur pécuniaire de la chose à une somme ne dépassant pas 150 fr., si le défendeur prétend que l'intérêt est supérieur à ce chiffre. Sans quoi, le demandeur n'aurait, pour échapper à l'application de l'art. 1341, qu'à réduire le montant de la valeur de la chose, et le défendeur serait, par conséquent, à sa merci quant à l'admission de la preuve testimoniale [2].

Supposons, par exemple, que l'une des parties, poursuivant la résolution d'un contrat pour cause d'inexécution, réclame des dommages-intérêts qui n'excèdent pas 150 fr. Si le défendeur prétend que l'objet de ce contrat a une valeur supérieure au taux fixé par l'art. 1341 et que, par suite, la preuve testimoniale n'est pas admissible, le juge doit vérifier cette exception et, en conséquence, déterminer le montant de ladite valeur [3].

2528. Il résulte de cette seconde limitation que la preuve testimoniale est recevable, même en ce qui concerne les faits juridiques, lorsque leur valeur ne dépasse pas 150 francs.

Toutefois, il y a certains contrats dont la preuve testimoniale n'est jamais reçue, quelque minime que soit la valeur de leur objet. Tels sont le bail (art. 1715, 1716), la transaction (art. 2044), l'antichrèse (art. 2085).

Telles sont aussi les sociétés commerciales. Art. 39 à 41 C. com.

Le droit maritime surtout renferme de pareilles exceptions :

(1) Rauter, *Cours de pr. civ.*, § 70; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Preuve*, § 1, n. 3; Marcadé, V, sur l'art. 1341, II; Bonnier, *op. cit.*, n. 159; Mourlon, II, n. 1600, al. 8; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 311 *in fine*, et p. 312, texte et note 30; Larombière, VI, p. 408-409 (art. 1341, n. 8); Demolombe, XXX, n. 28; Laurent, XIX, n. 439; Thiry, III, n. 151, p. 180; Huc, VIII, n. 282, al. 3.

(2) Bonnier, *loc. cit.*; Colmet de Santerre, V, n. 315 *bis*-XIV; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 212; Larombière, VI, p. 409 (art. 1341, n. 9); Demolombe, XXX, n. 29; Laurent, XIX, n. 440. — V. cependant Favard de Langlade, *loc. cit.*

(3) Aubry et Rau, 4e édit., *loc. cit.*; Larombière, VI, p. 409 (art. 1341, n. 8, al. 2); Demolombe, XXX, n. 30; Laurent, XIX, n. 440 *in fine*, p. 459.

la vente d'un navire (C. co., art. 195), l'engagement des gens de l'équipage (C. co., art. 250), l'affrètement (C. co., art. 273), le prêt à la grosse aventure (C. co., art. 311), l'assurance maritime (C. co., art. 332).

Mais, aucun texte n'établissant une exception pour la preuve de la convention de partage, cette convention, quand l'intérêt ne dépasse pas 150 francs, peut être prouvée par témoins ou par présomptions [1].

b. Des règles qu'il faut suivre pour déterminer la valeur de 150 francs.

2529. Il nous reste à montrer d'après quelles règles on doit déterminer cette valeur de 150 francs, au-dessus de laquelle les parties sont tenues de dresser un écrit. En effet, cette valeur peut varier suivant l'époque à laquelle on se place pour l'apprécier ; elle varie aussi en raison des avantages que l'on y comprend. Nous allons résumer dans quelques propositions très simples la théorie de la loi sur ce point.

2530. 1° Pour calculer la valeur de 150 francs, il faut s'attacher exclusivement au moment où le fait juridique a été accompli.

La vérité de cette proposition découle de l'économie même de l'art. 1341. Il ne prohibe pas directement — nous l'avons dit — la preuve testimoniale au-dessus de 150 francs; il enjoint de passer acte de toutes choses excédant la somme ou valeur qu'il indique, et ce n'est qu'implicitement qu'on en déduit, à titre de sanction, la prohibition de la preuve testimoniale. Or, pour obéir à l'injonction de la loi, les parties ne peuvent évidemment se placer qu'à l'époque de l'accomplissement du fait juridique ; car c'est à ce moment qu'elles doivent dresser un écrit, s'il en est besoin, et par suite vérifier si la valeur excède ou non 150 fr. La sanction de la loi serait injuste, si l'on s'attachait au jour de la demande ; car, dans l'intervalle, la valeur a pu augmenter et dépasser la limite légale par l'effet de circonstances accidentelles et imprévues. — On objecte que la disposition de l'art. 1341 est fondée sur

[1] V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions,* 1re édit., n. 2789, 2e et 3e édit., n. 2199.

la crainte de la corruption des témoins, et que, par conséquent, on doit tenir compte aussi du montant de la somme ou valeur réclamée. Sans doute cette idée de subornation, déjà mentionnée par Pothier, paraît avoir inspiré dans une certaine mesure les rédacteurs du Code ; mais, en tout cas, ce motif, nous l'avons dit, n'a été que secondaire, et il ne saurait prévaloir contre la raison tirée du texte de la loi. Il n'a, du reste, en lui-même aucune valeur : « La délicatesse des consciences, dit très justement Colmet de Santerre, ne dépend pas d'une question de chiffres, et... on trouve des témoins à tout prix, de même qu'à aucun prix on ne détermine un homme honnête à faire un faux témoignage » (1). Ajoutons que ce serait faire peu d'honneur à la nature humaine que de tarifer le taux moyen de sa moralité au maximum de 150 fr. (2).

On peut, d'ailleurs, en notre sens, tirer argument de l'art. **1344**.

2531. La règle démontrée, il en résulte à titre de corollaire que la preuve testimoniale est admissible, si la convention, au moment où elle s'est formée, est d'une valeur égale ou inférieure à 150 francs, bien que la demande dépasse ce chiffre.

Le contrat de société nous en fournit une application intéressante. D'après l'art. **1834**, les sociétés civiles ne doivent être rédigées par écrit que « lorsque leur objet est d'une » valeur de plus de cent cinquante francs ». L'objet de toute société, c'est le fonds social, c'est-à-dire l'ensemble des apports de tous les associés. Si donc le fonds social, au moment de la formation du contrat, n'excède pas le taux fixé par la loi (on peut supposer des personnes qui s'associent pour acheter des billets de loterie), l'associé qui réclame sa part dans les

(1) V. n. 315 *bis*-IX.

(2) Toullier, IX, n. 42 ; Colmet de Santerre, V, n. 315 *bis*-X à 315 *bis*-XII ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 306, texte et note 14 ; Larombière, VI, p. 413 (art. 1341, n. 15) ; Demolombe, XXX, n. 33 ; Laurent, XXX, n. 442 ; Thiry, III, n. 151, p. 179 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1171, 2e et 3e édit., n. 1127. — Req., 5 janvier 1875, S., 75. 1. 72, D. P., 77. 1. 39. — Trib. civ. Orléans, 13 novembre 1891, *Gaz. Pal.*, 92. 1, *Suppl.*, 19. — Trib. civ. Amiens, 15 juill. 1899, *Rec. Amiens*, 1900. 9. — Civ. cass., 9 mai 1904, S., 1904. 1. 320. — *Contra* Bonnier, *op. cit.*, n. 164 ; Marcadé, V, sur l'art. 1342, I.

bénéfices sera fondé à invoquer la preuve par témoins pour établir l'existence de la société, alors même que cette part serait bien supérieure à 150 francs [1].

2532. La loi a consacré elle-même quelques conséquences du principe que, pour juger de l'admissibilité de la preuve testimoniale, on doit apprécier la valeur du fait juridique au moment où il s'est passé.

« — Une première conséquence est écrite dans l'art. 1344. Le juge doit refuser d'admettre la preuve testimoniale, lorsqu'il est constant par l'aveu du demandeur que la somme réclamée, qui est inférieure à 150 francs, se rattache directement à un fait juridique d'une valeur plus forte et qui aurait dû être constaté par écrit. Voici du reste la disposition de la loi : « *La preuve testimoniale, sur la demande d'une somme* » *même moindre de cent cinquante francs, ne peut être admise* » *lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie* » *d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit* ».

= *Etre le restant.* Par exemple, je vous ai prêté sans écrit la somme de 200 francs; vous m'en avez remboursé 100, et vous niez votre dette pour le surplus. Je ne pourrai pas prouver par témoins le restant de ma créance, parce que je suis en faute de n'avoir pas dressé un acte.

Il en serait autrement, si le débiteur, ayant exécuté *tout de suite* une partie de son obligation, n'était resté en définitive débiteur que d'une somme égale ou inférieure à 150 francs. Ainsi je vous vends un cheval pour 600 francs : vous me payez immédiatement un acompte de 500 francs, et je vous livre le cheval. Je pourrai prouver par témoins que vous me devez encore 100 francs; car je n'ai jamais suivi votre foi que pour cette somme.

[1] Bonnier, *op. cit.*, n. 164, al. 2 (cet auteur, dans ses premières éditions, avait adopté la solution contraire, n. 106); Bravard, *Manuel de dr. com.*, p. 43 et 44; Troplong, *De la société*, I, n. 202; Colmet de Santerre, V, n. 315 *bis*-XIII; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 549, note 2, VIII, p. 309; Larombière, VI, p. 413 (art. 1341, n. 15, al. 2); Pont, *Des sociétés*, n. 145-146; Demolombe, XXX, n. 35; Laurent, XIX, n. 452, et XXVI, n. 475; Guillouard, *Tr. de la société*, n. 88; Houpin, *Tr. gén. des soc.*, I, n. 59; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société*, n. 36. — C. de Turin, 24 mars 1807, S. chr., II. 2. 217. — Req., 5 janv. 1875, précité. — *Contra* Duranton, XVII, n. 343.

2533. = *Ou faire partie.* Ces mots, qui ont été ajoutés sur la demande du Tribunat, font allusion notamment à l'hypothèse où une créance supérieure à 150 fr. s'est divisée par la mort du créancier entre ses héritiers (art. 1220), de telle sorte que chaque cohéritier ne se trouve plus avoir droit qu'à une somme de 150 fr. ou moindre. Si l'un d'eux poursuit le débiteur, la preuve testimoniale lui sera refusée pour établir l'existence de la créance, toujours parce qu'à l'origine elle aurait dû être constatée par écrit. Les héritiers subissent les conséquences de la faute commise par leur auteur (1).

2534. L'art. 1344 dit en termes généraux : « Lorsque cette somme a été déclarée ». Ainsi, contrairement à ce qu'a prétendu un des premiers commentateurs du Code, cet article ne suppose point nécessairement une déclaration émanant du demandeur. Au cas où celui-ci, par négligence ou par dissimulation, n'a pas expliqué que la somme par lui réclamée est le restant ou fait partie d'une somme plus forte, le juge n'en doit pas moins s'abstenir de condamner le défendeur, si la réalité de ce fait résulte de l'enquête à laquelle — nous le supposons — il a été procédé. Peu importe que, dans ce cas, la déclaration soit faite par les témoins. Cette solution est fondée sur le texte de l'art. 1344; il ne précise pas. Ajoutons qu'on ne pourrait, sans méconnaître l'esprit de la loi, se prononcer en sens contraire; le demandeur ne saurait, en usant de dissimulation, échapper à l'application de l'art. 1344. Dans l'hypothèse, le juge qui n'est point lié par son interlocutoire, peut ne prendre en considération le résultat de l'enquête que pour constater que la somme réclamée est le restant ou fait partie d'une créance plus forte, et décider, en conséquence, que la preuve testimoniale était inadmissible (2).

(1) *Observations du Tribunat,* sur l'art. 1344, Fenet, XIII, p. 169, Locré, XII, p. 286, n. 75; Bonnier, *op. cit.*, n. 159, al. 3, p. 137 *in fine;* Zachariæ, § 758, n. 11; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 307, note 17; Larombière, VI, p. 448 *in fine* et p. 449 (art. 1344, n. 10); Demolombe, XXX, n. 46; Laurent, XIX, n. 445; Huc, VIII, n. 284, p. 359. — V. aussi Pothier, *Oblig.*, n. 790, al. 2.

(2) Toullier, IX, n. 45; Bonnier, *op. cit.*, n. 159; Marcadé, V, sur l'art. 1344, IV; Zachariæ, § 758, texte et note 10; Colmet de Santerre, V, n. 317 *bis*-II; Aubry

Il s'ensuit que cette preuve doit être écartée quand la partie qui voudrait en faire usage a, dans sa citation introductive d'instance, limité sa demande à une somme n'excédant pas 150 francs si, en réalité, la convention dont elle se prévaut est d'une somme indéterminée [1].

2535. Comment faut-il expliquer ces derniers mots de l'art. 1344 : « ... d'une créance plus forte *qui n'est point prouvée par écrit* » ? On ne peut pas raisonnablement les interpréter en ce sens que, si la créance est établie par écrit, la preuve testimoniale est admissible, car, en pareil cas, cette preuve est inutile. D'après la plupart des auteurs, les expressions que nous venons de transcrire doivent être entendues ainsi : « ... d'une créance qui, étant supérieure à 150 francs, aurait dû être constatée par écrit ». A notre avis, il faut, sans hésiter, adopter cette dernière interprétation, qui a l'avantage de présenter la fin de l'art. 1344 comme le complément logique de sa disposition [2].

2536. β. L'art. 1343 exprime une autre conséquence plus évidente encore : « *Celui qui a formé une demande excédant* » *cent cinquante francs, ne peut plus être admis à la preuve* » *testimoniale, même en restreignant sa demande primitive* ». La loi a voulu déjouer la combinaison qui consiste à abaisser, après l'introduction de l'instance, le chiffre de la demande pour se procurer, au moins jusqu'à concurrence de 150 francs, le secours de la preuve testimoniale. De ce fait que le demandeur a réclamé une somme supérieure au taux légal, elle tire cette conclusion qu'il veut maintenant éluder les dispositions, en prétextant que la somme due était inférieure.

2537. Mais cette présomption, fondée sur un aveu, tomberait, si, comme le permet l'art. 1356, al. 4, cet aveu était rétracté par erreur de fait dûment démontrée, et cela nonobs-

et Rau, 4e édit., VIII, p. 307, texte et note 16; Larombière, VI, p. 449-451 (art. 1343-1344, n. 13); Demolombe, XXX, n. 51; Laurent, XIX, n. 447; Arntz, III, n. 384; Thiry, III, n. 152, p. 282; Huc, VIII, n. 284, p. 359. — Cpr. Duranton, XIII, n. 323. — V. cependant Malleville, sur l'art. 1344.

(1) Civ. cass., 9 mai 1904, S., 1904. 1. 320, D. P., 1904. 1. 310.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 307, note 18; Demolombe, XXX, n. 48; Laurent, XIX, n. 444. — Cpr. Zachariæ, § 758, texte et note 12. — V. cependant Toullier, IX, n. 47.

tant l'art. 1352, al. 2, parce que la loi ne dénie pas ici l'*action en justice*, mais seulement un *moyen de preuve* (1).

2538. L'art. 1343 suppose une demande faite dans un acte ayant un caractère judiciaire, tel qu'une citation en conciliation, un ajournement en justice ou des conclusions signifiées en cours d'une instance. Cela résulte suffisamment de ce qu'il parle de l'admissibilité de la preuve testimoniale. Il serait donc inapplicable si la prétention avait été d'abord exprimée dans un acte extra-judiciaire, par exemple dans une sommation.

D'ailleurs la ruse du demandeur n'en serait pas moins déjouée, car, à défaut de l'art. 1343, les juges pourraient appliquer l'art. 1344. La comparaison de l'acte extrajudiciaire avec les conclusions prises devant la justice permettrait au défendeur d'établir que la somme réclamée par ses conclusions fait partie d'une somme supérieure à 150 fr. (2).

2539. Mais la règle de l'art. 1343 est applicable dès que la demande a été formée par un acte ayant un caractère judiciaire.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1667, les auteurs distinguaient suivant l'époque où la demande primitive était réduite. Quand cette réduction avait lieu *in limine litis*, elle était admissible. Il en était autrement quand elle n'était faite qu'après contestation en cause, ou après jugement et en cause d'appel (3). Aujourd'hui, cette distinction manquerait de base, car, à la différence de l'ordonnance de 1667, notre Code de procédure ne reconnaît pas la contestation en cause (4).

2540. 2° Pour calculer la valeur du fait qu'il s'agit de constater, on doit s'attacher, non seulement à la prestation principale, mais encore aux prestations accessoires qui s'y trouvent stipulées. Et en effet, ces prestations accessoires

(1) Sic Marcadé, V, sur l'art. 1343-1344, II; Colmet de Santerre, V, n. 317 *bis*-II, al. 2; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 308, texte et note 20; Larombière, VI, p. 442-443 (art. 1343-1344, n. 2); Demolombe, XXX, n. 45; Laurent, XIX, n. 451; Planiol, II, 1re édit., n. 1173, 2e et 3e édit., n. 1129. — *Contra* Toullier, IX, n. 43.

(2) Larombière, VI, p. 447 art. 1343-1344, n. 7); Demolombe, XXX, n. 44.

(3) Rodier, *Quest.* sur l'ordonn. de 1667, tit. XX, art. 2; Danty sur Boiceau, part. I, ch. XIV, n. 14.

(4) Larombière, VI, p. 447 (art. 1343-1344, n. 6); Demolombe, XXX, n. 43.

constituent, comme le principal, l'objet certain du fait juridique, et elles s'y ajoutent pour en déterminer l'importance.

2541. L'art. 1342 implique, d'ailleurs, l'existence de ce principe, car il en fait l'application à un cas particulier : « *La » règle ci-dessus s'applique au cas où l'action contient, outre » la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis » au capital, excèdent la somme de cent cinquante francs* ». Je vous ai prêté 140 fr. à 5 p. 100. Au bout d'un an, vous me devez 7 fr. d'intérêts, total : 147 fr. Si je réclame cette somme en justice, je pourrai prouver ma prétention par témoins. Au bout de deux ans, si vous ne m'avez rien payé, vous me devez 154 fr. ; je ne pourrai plus, si vous contestez cette dette, invoquer la preuve testimoniale. Au moment où ma créance allait dépasser le chiffre de 150 fr., j'aurais dû me faire payer les intérêts échus, sinon exiger un écrit (1).

Peu importe que le créancier ne réclame que le capital, 140 fr., les intérêts lui étant payés ; peu importe même qu'il ne réclame que les intérêts, 14 fr. Ce n'est pas, nous le savons, le chiffre de la demande que l'on doit considérer; il est impossible de prouver par témoins même une demande inférieure au taux légal, si la somme réclamée fait partie d'une créance plus forte qu'on est en faute de n'avoir pas fait constater par écrit, soit à l'époque de sa formation, soit depuis. Or, par hypothèse, tel est le cas. On aurait dû, en effet, tenir compte de l'accroissement de dette qui était la conséquence imminente de la stipulation d'intérêts (2).

2542. Nous avons admis tout à l'heure que les bénéfices espérés d'une société ne devaient pas entrer en ligne de compte pour apprécier la valeur de l'objet de ce contrat. Cette solution n'est pas en contradiction avec l'esprit de l'art. 1342. Les intérêts du capital prêté sont des prestations futures, mais certaines, des effets nécessaires du contrat de prêt, que l'on peut évaluer *ab initio ;* les bénéfices sociaux, au contraire,

(1) M. Planiol critique cette disposition, II, 1re édit., p. 350, note 1, 2e édit., p. 319, note 1, 3e édit., p. 377, note 1.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 316 *bis*-II ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 310, note 28 ; Larombière, VI, p. 437 *in fine*, p. 438 (art. 1342, n. 1 et 2) ; Demolombe, XXX, n. 37 ; Laurent, XIX, n. 453 et n. 454, al. 1 et 2.

sont des résultats purement éventuels du contrat, qui n'accroissent pas nécessairement la valeur de son objet et qu'on ne peut pas calculer d'avance pour savoir si l'on est dans l'obligation de passer acte (1).

2543. Nous avons supposé, avec la loi du reste, qu'il s'agissait d'intérêts échus au jour de la demande. On ne doit pas faire entrer en effet dans le calcul de la valeur les intérêts moratoires, c'est-à-dire les intérêts courus depuis l'introduction de l'instance. Car il est de principe que la position des parties devant la justice se fixe au moment où l'action est introduite; la résistance injuste du débiteur et les lenteurs de la procédure ne sauraient nuire au créancier (2).

2544. Le cas de la clause pénale fournit une autre application de la règle que nous avons déduite de la disposition de l'art. **1342**. Lorsqu'une clause pénale a été stipulée pour simple retard dans l'exécution d'une obligation, la peine constitue, de même que les intérêts conventionnels, une prestation accessoire, dont le chiffre est fixé d'avance et qui forme avec le principal l'objet de la convention. Il faut donc additionner le tout, le principal et la peine, pour résoudre la question d'admissibilité de la preuve testimoniale (3).

Il en est autrement, si, aucune clause pénale n'ayant été stipulée lors de la formation du contrat, le créancier réclame, à raison de la demeure du débiteur, des dommages et intérêts, qui, réunis au principal, excèdent la somme de 150 francs. La prestation de ces dommages et intérêts a pour cause directe la faute du débiteur qui ne constitue qu'un fait pur et simple et dont le créancier ne pouvait se procurer d'avance une preuve littérale (4).

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 310, note 28.

(2) Delvincourt, II, p. 624; Favard, *Rép.*, vo *Preuve*, § 1, n. 10; Duranton, XIII, n. 319; Marcadé, V, sur l'art. 1342, II; Zachariæ, § 758, texte et note 8; Mourlon, II, n. 1602; Colmet de Santerre, V, n. 316 *bis*-III; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 310, texte et note 27; Larombière, VI, p. 437 (art. 1342, n. 1); Demolombe, XXX, n. 38; Thiry, III, n. 152, al. 3; Huc, VIII, n. 283, p. 357. — V. cep. Laurent, XIX, n. 455, dern. al.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 311; Larombière, VI, p. 438 (art. 1342, n. 3); Demolombe, XXX, n. 40; Laurent, XIX, n. 455; Huc, VIII, n. 283, p. 358.

(4) Duranton, XIII, n. 359; Bonnier, *op. cit.*, n. 160; Aubry et Rau, 4e édit.,

2545. 3° La valeur du fait contesté doit être appréciée eu égard à l'effet juridique que veut lui faire produire la partie qui invoque la preuve testimoniale. Cette proposition présente surtout de l'intérêt en ce qui regarde le paiement. S'il est allégué par le débiteur comme fait libératoire, la valeur qu'il représente au point de vue du litige se mesure exactement sur le chiffre de la somme payée. Mais il n'en est pas ainsi, lorsqu'il est allégué par le créancier pour en induire par voie de conséquence l'interruption d'une prescription ou la confirmation tacite d'une obligation entachée de nullité ou de rescision. Quel que soit le chiffre de la somme qui en forme l'objet, alors même qu'elle serait inférieure à 150 francs, la preuve par témoins n'est pas recevable, si l'obligation, dont ce prétendu paiement aurait interrompu la prescription ou couvert le vice, dépasse la limite légale. Dans l'espèce, le fait contesté, c'est-à-dire le paiement, présente une valeur qui doit s'apprécier, non pas d'après le montant de son objet, mais d'après l'importance des conséquences de droit que veut en déduire dans le débat la partie qui l'allègue (1).

D. *Règles complémentaires du principe.*

2546. Le législateur ne s'est pas borné à poser le principe qu'il doit être passé acte de tout fait juridique excédant la valeur de 150 francs; il l'a complété en édictant certaines dispositions destinées à prévenir sa violation indirecte. Ces règles complémentaires sont au nombre de deux.

N° 1. *Du cas où, dans la même instance, plusieurs demandes, dont il n'y a point de titre par écrit, excèdent ensemble 150 francs.*

2547. La première de ces règles complémentaires est contenue dans l'art. 1345 : « *Si, dans la même instance, une*

VIII, p. 311, texte et note 30; Larombière, VI, p. 438 *in fine* (art. 1342, n. 4); Demolombe, XXX, n. 41; Laurent, XIX, n. 456; Huc, VIII, n. 283, p. 357.

(1) Delvincourt, II, p. 624; Marcadé, V, sur l'art. 1341, III; Troplong, *De la prescription*, I, n. 210, et II, n. 622; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 305-306, texte et note 13; Larombière, VI, p. 412 (art. 1314, n. 14); Demolombe, XXX, n. 19; Laurent, XIX, n. 457; Arntz, III, n. 383, al. 2; Huc, VIII, n. 283, dern. al., p. 258. — Civ. cass., 28 juin 1854, S., 54. 1. 465, D. P., 54. 1. 220; 17 nov. 1858, S., 59. 1. 905, D. P., 58. 1. 459. — Cpr. Douai, 12 janv. 1842, S., 42. 2. 112, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4651, 4845.

» *partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de* » *titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la* » *somme de cent cinquante francs, la preuve par témoins n'en* » *peut être admise, encore que la partie allègue que ces créan-* » *ces proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient* » *formées en différents temps, si ce n'était que ces droits* » *procédassent, par succession, donation ou autrement, de* » *personnes différentes* ». *Primus,* par exemple, présente, dans une même instance introduite contre *Secundus,* plusieurs chefs de demande, qui sont relatifs à des droits provenant de causes différentes, et non constatés par écrit. Il lui réclame d'abord 100 fr. pour un prix de vente, puis 50 fr. à titre de prêt, et enfin une autre somme. L'art. 1345 décide que *Primus* ne sera admis à prouver par témoins *aucune de ces créances, quoique le montant de chacune soit au-dessous de 150 fr.,* et cela alors même qu'il demanderait à établir leur origine séparée soit quant à leur cause, soit quant à leur date.

Ainsi, dans notre hypothèse, la prohibition de la preuve par témoins ne s'applique pas seulement à l'ensemble des créances, mais aussi à chacune d'elles envisagée isolément. Cette solution rigoureuse s'explique, ainsi qu'on va le voir, par les motifs de la loi (1).

2548. Cette disposition a été vivement critiquée. Ne peut-on pas dire en effet que les diverses réclamations élevées par le demandeur répondent chacune à un fait juridique distinct, et que, par conséquent, on doit les considérer isolément pour l'application du premier principe formulé par l'art. 1341 (2)? La règle légale est rigoureuse sans doute; mais il est possible de la justifier. Ce n'est pas, à notre avis, parce que la loi redoute la subornation des témoins au-dessus de 150 fr.; cette raison, dont quelques-uns exagèrent l'importance, est, dans le cas particulier, démentie par la restriction qu'indique la fin de notre texte. Le législateur, qui, en prescrivant la

(1) *Sic* Curasson, *Compét. des juges de paix,* I, p. 120; Marcadé, V, sur l'art. 1345, IV; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 313; Larombière, VI, p. 463-464 (art. 1345-1346, n. 8); Demolombe, XXX, n. 59; Planiol, II, 1re édit., n. 1175, 2e et 3e édit., n. 1131. — *Contra* Colmet de Santerre, V, n. 318 *bis*-IV; Laurent, XIX, n. 459.

(2) Toullier, IX, n. 48.

rédaction d'un acte, s'est préoccupé avant tout de prévenir la multiplicité des procès, ne serait arrivé qu'incomplètement à son but, s'il avait permis à celui qui forme une demande supérieure à 150 fr. de prouver par témoins qu'elle se compose de créances distinctes dont chacune est inférieure à cette somme. Le Code n'a fait du reste que copier l'art. 5 du titre XX de l'ordonnance de 1667, et les auteurs de cette ordonnance ont aussi expliqué la règle qu'ils édictaient par la crainte de *cette multiplicité d'actions qui était contraire à la présente réformation* (1). En vain le demandeur objectera que les créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se sont formées en différents temps; il pouvait et il devait exiger un écrit dès que le chiffre total de ce qui lui était dû dépassait la somme de 150 fr.; il est en faute de ne l'avoir pas fait (2).

2549. Toutefois l'art. 1345 limite lui-même l'étendue de la prohibition de la preuve testimoniale dans le cas qu'il prévoit.

α. d'abord la prohibition cesse de s'appliquer lorsque les droits réclamés, dont la valeur additionnée excède 150 fr., procèdent de *personnes différentes* et ont été réunis sur la même tête *par succession, donation ou autrement*. Ainsi je vous ai prêté 100 fr. sans retirer de preuve écrite, et puis je deviens héritier de mon père, qui vous avait également prêté 100 fr. sans écrit. Je pourrai prouver par témoins l'existence de mes deux créances. Ce tempérament, apporté à la rigueur de la loi, se comprend facilement. Aucune faute initiale ne peut être reprochée ni à moi ni à mon auteur, puisque la modicité de nos créances respectives nous affranchissait de l'obligation de rédiger un acte; et plus tard, lorsque s'est produit le fait qui, en réunissant nos deux créances, a porté le montant cumulé de mes droits au delà de la limite légale, il n'était pas en mon pouvoir d'exiger un écrit du débiteur (3).

(1) Jousse, sur l'Ordonn. de 1667, tit. XX, art. 6. — V. aussi Pothier, *Oblig.*, n. 792 (édit. Dupin, I, p. 766).

(2) Marcadé, V, sur l'art. 1345, IV, al. 2; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 313, note 34; Larombière, VI, p. 461 (art. 1345-1346, n. 2, al. 2); Demolombe, XXX, n. 60-61; Laurent, XIX, n. 458; Planiol, II, 1re édit., n. 1175, 2e et 3e édit., n. 1131.

(3) Marcadé, V, sur l'art. 1345, II, al. 2; Colmet de Santerre, V, n. 318 *bis*-II; Larombière, VI, p. 469 (art. 1345-1346, n. 15); Demolombe, XXX, n. 62; Laurent, XIX, n. 461.

2550. β. En second lieu, il résulte de l'art. 1345 qu'on doit, en additionnant la valeur des divers droits réclamés, faire abstraction de ceux qui sont justifiés par écrit, et même de ceux pour lesquels il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347). Arg. des mots *dont il n'y ait point de titre par écrit* (1).

2551. Il faut laisser également en dehors de l'addition les droits qui, étant nés dans les circonstances où la rédaction d'un écrit était impossible, peuvent toujours se prouver par témoins d'après l'art. 1348.

Cette solution a soulevé quelque doute dans l'hypothèse où les droits, dont la loi admet indéfiniment la preuve par témoins, ont été acquis avant ceux qui sont étrangers à la faveur exceptionnelle des art. 1347 et 1348. Le créancier, qui connaissait l'existence de la première créance, pouvait, dit-on, s'apercevoir que l'acquisition de la seconde allait élever le total de ses droits au-dessus de la limite légale; il devait s'en procurer la preuve littérale. Cependant on décide généralement qu'on ne doit tenir aucun compte de la date des diverses créances pour l'application de l'art. 1345, les termes de cet article ne faisant aucune distinction (2).

Il n'y a pas lieu davantage de comprendre dans l'addition les dettes qui, étant de nature commerciale, peuvent être établies par témoins (3).

N° 2. *Nécessité de former par un même exploit toutes les demandes non entièrement justifiées par écrit.*

2552. La seconde règle complémentaire du premier des principes formulés dans l'art. 1341 établit une déchéance très grave, la perte du droit lui-même, contre le demandeur,

(1) Delvincourt, II, p. 624 et 625; Duranton, XIII, n. 324; Marcadé, V, sur l'art. 1345, II; Zachariæ, § 758, texte et note 16; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 313-314, texte et note 36; Larombière, VI, p. 468 *in fine* (art. 1345-1346, n. 13); Demolombe, XXX, n. 63; Laurent, XIX, n. 460; Huc, VIII, n. 285. — Civ. cass., 10 déc. 1901, S., 1902. 1. 404, D. P., 1902. 1. 407, *Pand. franç.*, 1902. 1. 178.

(2) Marcadé, V, sur l'art. 1345, III; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 314, texte et note 37; Larombière, VI, p. 469 (art. 1345-1346, n. 14); Demolombe, XXX, n. 66; Laurent, *loc. cit.* — Cpr. Duranton, *loc. cit.*

(3) Demolombe, XXX, n. 65.

qui, ayant, à quelque titre que ce soit, plusieurs demandes à former, non entièrement justifiées par écrit, ne les a pas comprises dans le même exploit. Tel est l'objet de l'art. 1346 : « *Toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne* » *seront pas entièrement justifiées par écrit, seront formées* » *par un même exploit, après lequel les autres demandes* » *dont il n'y aura point de preuve par écrit ne seront pas* » *reçues* ».

2553. Pour bien apprécier la portée de cette règle, il faut mettre en pleine lumière les deux motifs qui l'ont dictée.

Elle a, sans doute, pour but de sanctionner la disposition de l'art. 1345 et d'en garantir l'exécution. Cet article enlève le secours de la preuve testimoniale à celui qui, *dans la même instance,* forme diverses demandes inférieures chacune à 150 fr., mais dont l'ensemble dépasse ce chiffre. Pour éluder cette prohibition, il n'y aurait eu qu'à faire de chaque créance l'objet d'une instance séparée. Notre article déjoue cette nouvelle ruse (1).

Mais le législateur s'est aussi proposé de diminuer autant que possible la multiplicité des petits procès à juger sur enquêtes, et d'obtenir ainsi une plus prompte expédition des affaires. Cette raison est aussi celle qui, ainsi que l'attestent les procès-verbaux relatifs à la rédaction de l'ordonnance de 1667 (2), a fait introduire dans cette œuvre législative l'art. 6 du titre XX, dont notre disposition n'est que la reproduction textuelle. C'est par ce point de vue seulement que l'on peut expliquer la généralité de ses termes et l'étendue de son application (3).

Ainsi la loi commande de réunir dans un même exploit,

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs,* Fenet, XIII, p. 302 *in fine,* Locré, XII, p. 407, n. 209, al. 6.

(2) Jousse, *loc. cit.*

(3) *Sic* Bonnier, *op. cit.,* n. 162, al. 1 *in fine;* Marcadé, V, sur l'art. 1346, I; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 314 *in fine,* texte et note 39; Planiol, II, 1re édit., p. 351, note 1, 2e et 3e édit., p. 350, note 1. — *Contra* Demolombe, XXX, n. 70-72; Laurent, XIX, n. 462; Thiry, III, n. 153. — Aix, 8 juin 1896 (sol. impl.), joint à Civ. cass., 27 nov. 1899, S., 1900. 1. 217, D. P., 1900. 1. 225. — Cpr. Larombière, VI, p. 465 (art. 1345-1346, n. 11, al. 2 et 3); Huc, VIII, n. 286, p. 363; Planiol, II, 1re édit., p. 351, note 1, 2e et 3e édit., p. 350, note 1.

sans distinction, *toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit.*

2554. Par conséquent cet ordre s'applique :

α. Au cas où le montant cumulé des diverses demandes est inférieur à 150 fr. C'est surtout dans cette hypothèse qu'il est utile, dans un intérêt d'économie, de restreindre le nombre des litiges peu importants. Les motifs de la loi ont donc ici une force particulière (1).

2555. β. Au cas également où les créances proviennent, par succession, donation ou autrement, de différentes personnes. L'intérêt de les soumettre simultanément à la justice reste toujours le même. D'ailleurs, non seulement l'art. 1346 ne reproduit pas l'exception que nous avons trouvée dans l'art. 1345, mais il dit formellement que « *toutes les demandes à quelque titre que ce soit,* qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit, seront formées par un même exploit » (2).

Il faut, toutefois, adopter la solution contraire si le fait qu'une des créances n'a pas été jointe aux autres s'explique par cette circonstance que le demandeur ignorait l'ouverture de la succession d'où lui provenait cette créance. Il lui a été alors, en effet, moralement impossible de satisfaire à l'exigence de l'art. 1346 (3).

2556. γ. Aux demandes dont il est permis de faire la preuve par témoins, quelle que soit leur importance, en vertu des art. 1347 et 1348.

Nous devons signaler une difficulté pour l'art. 1347. Quelques auteurs pensent que le créancier, qui a plusieurs créances dont quelques-unes sont à demi justifiées par un commencement de preuve par écrit, n'est pas obligé, à peine de déchéance, de comprendre ces dernières dans l'exploit. L'art. 1347 est

(1) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 319 *bis*-I *in fine;* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 315, texte et note 41; Arntz, III, n. 387, al. 2; Planiol, II, 1re édit., n. 1177-1°, 2e et 3e édit., n. 1133-1°. — *Contra* Larombière, VI, p. 465-467 (art. 1345-1346, n. 11); Demolombe, XXX, n. 71-72; Laurent, XIX, n. 463; Huc, *loc. cit.*

(2) *Sic* Duranton, XIII, n. 327; Bonnier, *op. cit.*, n. 162; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 316, texte et note 43; Planiol, II, 1re édit., n. 1177-2°, 2e et 3e édit., n. 1133-2°. — *Contra* Larombière, VI, p. 475-476 (art. 1345-1346, n. 20); Demolombe, *loc. cit.;* Laurent, XIX, n. 465; Huc, *loc. cit.*

(3) Bonnier, même numéro, al. 3.

conçu, dit-on, en termes si généraux qu'il fait exception à toutes les dispositions qui précèdent, notamment à celle de l'art. 1346 : « *Les règles ci-dessus* reçoivent exception... » — Mais la lettre de l'art. 1346 ne permet pas, selon nous, d'admettre cette opinion : « Toutes demandes..., dit-il, qui ne seront pas *entièrement* justifiées par écrit... » Il est impossible d'équivoquer sur la portée de cette formule. La rédaction trop absolue de l'art. 1347 s'explique facilement, si l'on songe que l'art. 1346 n'existait pas dans le projet et n'a été introduit dans le Code que pendant le cours de la discussion. On aurait dû, en opérant cette intercalation, modifier la formule de l'art. 1347; on a oublié ou négligé de le faire (1).

2557. δ. En matière commerciale, bien que la preuve testimoniale y soit toujours recevable. La généralité des termes de l'art. 1346 et les motifs de la disposition de cet article conduisent encore à cette solution. La jurisprudence ne paraît pas avoir été appelée souvent à se prononcer sur la question. Cependant nous pouvons citer dans notre sens un jugement du tribunal de commerce de St-Quentin, du 15 nov. 1898 (2).

2558. Mais l'ordre de la loi s'arrête là où son exécution est impossible. C'est ainsi qu'il ne comprend pas, bien évidemment, les droits qui ne sont nés qu'après l'introduction de l'instance.

Nous devons faire observer que, dans ce cas, il faut admettre comme vraie, jusqu'à preuve contraire, l'allégation du demandeur. Il incombe, en effet, au défendeur d'établir l'existence des moyens qui rendent l'action non recevable ou la preuve testimoniale inadmissible (3).

(1) *Sic* Delvincourt, II, p. 624 et 625; Duranton, XIII, n. 327; Bonnier, *op. cit.*, n. 162; Marcadé, V, sur l'art. 1346, VI; Mourlon, II, n. 1604; Colmet de Santerre, V, n. 319 *bis*-I *in fine* et 319 *bis*-II; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 315, texte et note 42; Planiol, II, 1re édit., n. 1177-3°, 2e et 3e édit., n. 1133-3°. — *Contra* Zachariæ, § 758, texte et note 16; Larombière, VI, p. 473-475 (art. 1345-1346, n. 19); Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, XIX, n. 464; Huc, *loc. cit.*

(2) *Gaz. Pal.*, 99. 1. 16. — *Contra* Larombière, VI, p. 468 *in fine* (art. 1345-1346, n. 12, dern. al.); Huc, VIII, n. 286, p. 363.

(3) Duranton, XIII, n. 327; Marcadé, V, sur l'art. 1346, II; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 317, texte et note 46; Larombière, VI, p. 478-479 (art. 1345-1346, n. 23); Demolombe, XXX, n. 76; Laurent, XIX, n. 467; Planiol, II, 1re édit., n. 1178-1°, 2e et 3e édit., n. 1184-1°. — V. cep. Delvincourt, II, p. 625.

2559. Nous croyons qu'il en est de même des créances déjà nées, mais qui, à ce moment, ne sont pas encore exigibles; car on n'est pas fondé à former une demande pour elles, puisqu'on ne peut pas contraindre le débiteur à les payer.

Cette question est diversement résolue; mais le texte de la loi nous paraît décisif : « Toutes les *demandes seront formées*... » Notre hypothèse ne saurait donc rentrer dans les termes de l'art. 1346. Les partisans de l'autre opinion proposent un équivalent du procédé imposé par cet article ; n'est-ce pas verser dans l'arbitraire (1) ?

2560. La sanction de l'art. 1346 ne consiste pas seulement dans le refus de la preuve testimoniale, mais encore dans la non-recevabilité des demandes qui ont été omises dans l'exploit. La déchéance porte sur l'*action*, c'est-à-dire sur le droit d'agir en justice. Cette sanction est sévère ; elle peut aussi paraître contraire aux principes généraux de la matière, car la violation de l'art. 1341 lui-même n'exerce aucune influence sur le fond du droit, sur la validité du fait juridique. Mais le texte est formel, et les interprétations qu'on en a données pour en éluder la force sont toutes plus ou moins arbitraires. « *Les autres demandes... ne seront pas* REÇUES », dit l'art. 1346, c'est-à dire seront rejetées, sans examiner si elles sont ou non fondées (2). On doit en conclure qu'elles ne pourraient être prouvées ni par l'aveu ni par le serment (3).

Si le défendeur ne propose pas la déchéance, le juge doit

(1) *Sic* Toullier, IX, n. 50; Duranton, XIII, n. 327 ; Marcadé, V, sur l'art. 1346, III; Bonnier, *op. cit.*, n. 162; Demolombe, XXX, n. 73; Laurent, XIX, n. 466; Arntz, III, n. 387, al. 3 ; Thiry, III, n. 154, dern. al. ; Planiol, II, 1re édit., n. 1178-2°, 2e et 3e édit., n. 1134-2°. — *Contra* Colmet de Santerre, V, n. 319 *bis*-III ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 316, texte et notes 44 et 45; Larombière, VI, p. 476-478 (art. 1345-1346, n. 21) ; Huc, VIII, n. 286, p. 362.

(2) *Sic* Marcadé, V, sur l'art. 1346, IV ; Bonnier, *op. cit.*, n. 162 ; Zachariæ, § 758, texte et note 15 ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 317, texte et note 47 ; Laurent, XIX, n. 468. — *Contra* Toullier, IX, n. 49 ; Duranton, XIII, n. 328 ; Larombière, VI, p. 467 (art. 1345-1346, n. 12) ; Demolombe, XXX, n. 77 ; Laurent, XIX, n. 468 ; Thiry, III, n. 155 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1176, p. 351, texte et note 1, 2e et 3e édit., n. 1132, p. 350, texte et note 1. — Trib. civ. Seine, 26 novembre 1896, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 78, D. P., 97. 1. 18. — Trib. paix Paris, 2 septembre 1897, *Loi*, 7 octobre 1897. — Trib. civ. Toulouse, 15 mars 1900, *Gaz. Midi*, 1er avril 1900.

(3) *Contra* Trib. civ. Seine, 26 nov. 1896, précité.

la prononcer d'office ; il s'agit, en effet, d'une disposition d'ordre public, et l'injonction formulée à la fin de l'art. 1346 s'adresse au juge lui-même (1).

2561. Il faut se garder d'exagérer la portée de ces mots : « Toutes les demandes... seront formées *par le même exploit* ». Le législateur ne s'exprime ainsi qu'à titre d'énonciation. Ce qu'il veut, c'est que le même juge statue sur les diverses demandes réunies. Sa volonté sera donc respectée dès qu'elles seront toutes formées dans la même instance. Peu importe que ce soit par des actes distincts d'exploits d'huissier, de significations d'avoué à avoué ou de conclusions notifiées (2).

2562. Nous pouvons maintenant répondre facilement à une question qui divise les auteurs : faut-il appliquer la disposition de l'art. 1346 lorsque les demandes doivent être portées devant des tribunaux différents ? C'est la négative que nous adoptons. Comment, dans notre cas, toutes les demandes pourraient-elles être formées, sinon par un même exploit, du moins dans une même instance ? L'art. 1346 est inapplicable parce qu'il est impossible de satisfaire à ses exigences. D'après Larombière, « le demandeur sera... tenu de *réunir fictivement* toutes ses demandes devant chacune des juridictions qui peuvent en être saisies, afin de mettre le juge à même de vérifier l'admissibilité de la preuve testimoniale ». Mais cette décision est manifestement arbitraire. Il n'est pas permis à l'interprète d'ajouter à la rigueur de la loi (3).

II. Second principe. — *Interdiction de prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes.*

2563. Lorsqu'un fait juridique a été constaté par un acte authentique ou sous seing privé, la preuve par témoins n'est

(1) *Sic* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 318, texte et note 48 ; Larombière, VI, p. 462 (art. 1345-1346, n. 5) ; Laurent, XIX, n. 468 *in fine*. — *Contra* Duranton, XIII, n. 328 ; Zachariæ, § 758, note 15.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 314 ; Larombière, VI, p. 362 (art. 1345-1346, n. 6) ; Demolombe, XXX, n. 75.

(3) *Sic* Toullier, IX, n. 50 ; Boncenne, *op. cit.*, IV, p. 165 ; Demolombe, XXX, n. 74. — *Contra* Larombière, VI, p. 478 (art. 1345-1346, n. 22). — Trib. com. Saint-Quentin, 15 nov. 1898, précité.

pas admise contre et outre le contenu de cet acte, ni sur les modifications verbales qu'on allèguerait y avoir été plus tard apportées, alors même qu'il s'agirait d'une valeur inférieure à cent cinquante francs. Art. 1341, 2e partie.

A. *Origine et motif du principe.*

2564. La preuve littérale est une de celles qui méritent le plus de confiance. La rédaction écrite détermine, dans une forme nette et réfléchie, la pensée des parties, et appelle leur attention, comme jadis la stipulation, sur l'étendue de leurs engagements; l'expérience prouve qu'elles écartent les simples pourparlers, et ne s'attachent à constater que ce qui est définitivement arrêté. En outre, l'écriture conserve fidèlement la trace des faits qu'on lui confie, et elle est moins sujette à altération que la mémoire des hommes. La preuve orale, qui repose sur des témoignages humains, le plus souvent incertains et confus, parfois même infidèles, ne saurait être comparée à celle qui résulte des actes instrumentaires; et, lorsqu'elles se trouvent en conflit, la raison et le bon sens indiquent que la preuve écrite doit toujours prévaloir (1).

2565. Aussi le droit romain de l'époque classique, quoique favorable à l'admission de la preuve testimoniale, avait déjà consacré la règle qu'elle ne peut être invoquée contre un écrit dont la vérité n'est point d'ailleurs en question. « *Testes,* dit Paul dans un passage de ses sentences qui n'est pas suspect d'interpolation, *quum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt* » (2). Mais cette vérité s'éclipsa pendant le moyen-âge; la preuve testimoniale fut préférée à la preuve littérale, comme l'atteste cet adage classique formulé par Loysel : *Témoins passent lettres.* C'est au XVIe siècle seulement, qu'à la faveur de cet essor de civilisation qu'on a appelé la renaissance, les actes instrumentaires ressaisissent la prééminence qui leur appartient naturellement. Cette conquête législative fut consacrée par l'ordonnance de Moulins, de 1566, et plus tard par celle

(1) Cpr. Demolombe, XXX, n. 78; Laurent, XIX, n. 470; Beudant, *Les contrats et les obligations,* n. 1043.

(2) Lib. V, tit. XV, § 4.

de 1667. Aujourd'hui il faut dire, renversant l'adage de Loysel : *Lettres passent témoins.*

2565 I. La règle qu'on ne peut prouver contre et outre le contenu aux actes est-elle d'ordre public? Nous savons qu'on se pose également la question pour l'interdiction de prouver par témoins au-dessus de 150 fr. (1). Les raisons de décider sont les mêmes dans les deux cas. Nous répondrons, en conséquence, affirmativement. La seconde comme la première des deux règles contenues dans l'art. 1341 a été formulée par le législateur en vue de prévenir les difficultés relatives à la preuve des conventions et de diminuer ainsi le nombre des procès. C'est bien là un motif déduit de l'intérêt général. Il s'ensuit, d'une part, que les juges devraient déclarer d'office non recevables les témoignages tendant à prouver contre et outre le contenu aux actes, et, d'autre part, que le moyen tiré de la violation de notre règle pourrait être présenté pour la première fois devant la cour suprême (2).

Mais, expliquant les dispositions de l'art. 1341 par des raisons d'intérêt purement privé, la jurisprudence admet les solutions opposées (3).

B. *Portée du principe.*

2566. L'art. 1341 s'exprime ainsi : « ... et il n'est reçu » aucune preuve par témoins *contre* et *outre* le contenu aux » actes, ni *sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors* » *ou depuis les actes,* encore qu'il s'agisse d'une somme ou » valeur moindre de cent cinquante francs ».

α. — D'abord, il n'est pas permis de prouver par témoins *contre* la teneur de l'acte, c'est-à-dire d'établir un fait qui contredit ses déclarations. Peu importe, d'ailleurs, qu'on allègue une inexactitude volontaire ou involontaire (4). Ainsi, quand un écrit constate que je vous ai prêté 100 fr., vous ne pourrez pas faire entendre des témoins pour prouver que

(1) V. *supra,* n. 2518.
(2) Beudant, *op. cit.,* n. 1037.
(3) Req., 12 nov. 1902, S., 1905. 1. 14. — Civ. rej., 15 déc. 1903, D. P., 1904. 1. 181. — *Adde* Req., 1er juill. 1897, S., 98. 1. 7.
(4) Larombière, VI, p. 416 (art. 1341, n. 20); Demolombe, XXX, n. 80.

vous en avez reçu 50 seulement; ou bien, lorsqu'il est dit dans un acte que je vous vends telle chose moyennant 1.000 fr. payés comptant, je ne suis pas recevable à prouver par témoins que les 1.000 fr. n'ont pas été payés comptant.

β. — Il n'est pas permis non plus de prouver par témoins *outre* le contenu de l'acte. Prouver outre l'acte, ce serait établir que, tout ce qu'il dit étant d'ailleurs exact, il n'a pas dit tout ce qu'il devait dire. La réparation de ces prétendues omissions tend généralement à augmenter l'étendue des obligations constatées. Ainsi, lorsqu'un acte porte que je vous ai prêté telle somme, sans rien dire de plus, je ne serai pas admis à prouver par témoins que je vous les ai prêtés à 5 p. 100; de même vous ne pourriez pas établir par le même moyen que je vous ai accordé un délai pour payer; de même encore ni l'un ni l'autre d'entre nous ne serait recevable à faire entendre des témoins pour prouver que, nonobstant le silence de l'acte sur ce point, il y a eu indication d'un lieu de paiement (1).

Il est possible que des inexactitudes se soient glissées dans la rédaction de l'écrit, que des omissions aient été commises. Mais il s'agit de savoir si l'on peut les établir au moyen de la preuve testimoniale; or la loi présume avec raison que les déclarations de l'acte, quoique faillibles, présentent plus d'éléments de conviction que le témoignage oral.

2567. γ. — Le texte ajoute enfin qu' « il n'est reçu aucune » preuve par témoins sur ce qui serait allégué avoir été *dit* » avant, lors ou depuis les actes ». Le sens naturel de ces expressions, c'est qu'il est défendu de prouver par voie d'enquête qu'une clause modificative ou simplement additionnelle a été *verbalement* convenue avant, lors ou depuis l'acte (2).

On a prétendu que cette dernière précision de l'art. 1341

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 794 et 795; Favard, *Répert.*, v° *Preuve*, § 1, n. 1; Duranton, XIII, n. 331 et 336; Zachariæ, § 759, texte et note 1; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 321; Larombière, VI, p. 421-423 (art. 1347, n. 27 et 28); Demolombe, XXX, n. 80. — V. aussi Civ. cass., 2 nov. 1812, S. chr., IV. 1. 211, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4722-2°. — Bordeaux, 6 mai 1836, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4722-3° et v° *Vente publique d'immeuble*, n. 1216-4°. — Civ. cass., 5 janv. 1874, S., 74. 1. 156, D. P., 74. 1. 12.

(2) V. cependant Civ. cass., 28 mai 1888, S., 88. 1. 424, D. P., 88. 1. 481.

n'ajoute absolument rien à la prohibition qu'il édicte, et qu'elle se ramène à la proposition précédemment exprimée qui interdit la preuve testimoniale contre et outre le contenu de l'acte [1]. Ce reproche n'est fondé qu'en partie. Le double emploi existe sans doute, lorsque la clause verbale qu'on allègue est contemporaine de la rédaction de l'acte; elle ne peut alors avoir d'autre effet que de le contredire ou d'y ajouter quelque chose. Mais il n'en est plus de même, quand on allègue une convention verbale postérieure à l'acte. Je vous ai fait par exemple un bail écrit d'une durée de trois ans, et vous offrez d'établir par témoins que, postérieurement à sa rédaction, il a été verbalement convenu que ce bail serait d'une durée de six ans. Ici on demande à prouver un fait nouveau, qui, dans la pensée des parties signataires, n'a jamais dû figurer sur l'écrit. Cette allégation n'est pas comprise dans la première partie de la formule légale : elle ne contredit pas l'acte, puisqu'elle suppose que la convention, qu'il était destiné à constater, s'y trouve exactement rapportée; elle ne tend pas non plus à compléter l'acte, puisqu'elle implique également que la convention pour laquelle il a été rédigé y est rapportée d'une manière complète.

Il résulte de là que, si les parties veulent introduire des clauses nouvelles dans une convention écrite, elles devront faire constater par un acte nouveau ces conventions postérieures, quelque insignifiantes qu'elles soient. Cette solution est tout à fait en harmonie avec l'esprit de la loi. En effet le législateur ne peut guère admettre que, lorsque les parties se sont ménagé la preuve littérale d'un fait juridique, elles n'aient pas dû constater de la même manière les additions ou modifications postérieures qu'elles y auraient apportées. Donc toutes celles qui n'ont point été consignées par écrit doivent être présumées de simples pourparlers qui n'ont pas abouti [2].

[1] Colmet de Santerre, V, n. 315 *bis*-XX, et n. 315 *bis*-XXI; Laurent, XIX, n. 471 et 481; Planiol, II, 1re édit., n. 1189, al. 3, 2e et 3e édit., n. 1139, al. 2. — Bordeaux, 21 juillet 1899, *Journal des arrêts de Bordeaux*, 1900. 1. 35, D. P., 1900. 2. 436. — V. aussi Req., 13 novembre 1877, D. P., 78. 1. 299.

[2] Bonnier, *op. cit.*, n. 140; Marcadé, V, sur l'art. 1341, VI; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 320, texte et note 2; Demolombe, XXX, 87. — Req., 10 mai 1842, S., 42. 1. 797, D., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 4730. — V. pour d'intéressantes

2568. Mais il ne faut pas exagérer la portée de notre texte en l'appliquant à des faits juridiques postérieurs, qui, tout en présentant un rapport direct avec la convention, n'ont pas pour but d'y ajouter ou changer quelque chose.

Ainsi la simple exécution de la convention par le paiement, ou son extinction par une remise de dette, pourraient être prouvées par témoins, si du moins l'intérêt en litige n'excède pas 150 francs. L'allégation de ces faits juridiques respecte en effet tous les éléments, toute la manière d'être de l'obligation, telle qu'elle résulte de son titre constitutif (1).

Il est vrai qu'au dernier siècle des arrêts avaient jugé le contraire; mais cette jurisprudence avait été condamnée par les auteurs les plus exacts, notamment par Pothier (2). Remarquons au surplus qu'il suffit ici, pour l'admissibilité de la preuve testimoniale, que le paiement ou la remise de dette porte sur une somme n'excédant pas 150 francs; peu importerait que le montant de la dette fût supérieur à ce chiffre (3).

Il ne faudrait pas assimiler, au point de vue qui nous occupe, la novation aux faits juridiques dont nous venons de parler; car elle ne consiste pas dans une destruction pure et simple, mais dans une transformation conventionnelle de la première dette (4).

applications, Civ. cass., 5 janv. 1874, S., 74. 1. 156, D. P., 74. 1. 12. — Paris, 23 fév. 1884, S., 84. 2. 197. — Riom, 12 mai 1884, S., 85. 2. 73. — V. sur la non admissibilité de la preuve testimoniale contre les énonciations contenues dans le rôle d'équipage, Rouen, 24 déc. 1879, S., 80. 2. 71, D. P., 80. 2. 233; 7 fév. 1881, S., 83. 2. 13, D. P., 82. 2. 25.

(1) *Sic* Duranton, XIII, n. 334-335; Marcadé, V, sur l'art. 1341, V; Bonnier, *op. cit.*, n. 144; Mourlon, II, n. 1606 *in fine;* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 321, texte et notes 6 à 9; Demolombe, *loc. cit.;* Beudant, *op. cit.*, n. 1045. — Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 315 *bis*-XIX; Laurent, XIX, n. 483. — *Contra* Merlin, *Répert.*, v° *Preuve,* sect. II, § 3, art. 1, n. 20; Favard, *Répert.*, v° *Preuve,* § 1, n. 7; Mourlon, *Rev. crit.*, 1854, IV, p. 114; Larombière, VI, p. 423-427 (art. 1341, n. 29).

(2) *Oblig.*, n. 799 (édit. Dupin, I, p. 468).

(3) Toutefois, si les juges reconnaissaient que le débiteur veut, en alléguant plusieurs paiements partiels inférieurs à 150 francs, parvenir à prouver par témoins le paiement d'une somme totale qui excède ce taux, ils devraient faire application de l'art. 1345. Demolombe, XXX, n. 88.

(4) Larombière, VI, p. 427 (art. 1341, n. 31).

2569. Telle est l'exacte portée du second principe formulé par l'art. **1341** ; toutefois son application est restreinte par quelques limitations qu'il nous reste à faire connaître.

α. D'abord ce principe n'est applicable qu'entre les parties signataires de l'acte ; il ne s'applique pas aux *tiers*, c'est-à-dire aux personnes qui n'y ont pas figuré. Les tiers peuvent toujours, en vertu de l'art. **1348**, prouver par témoins l'existence des faits juridiques qui tendent à modifier ou à compléter les déclarations contenues dans un acte instrumentaire, car il ne saurait être au pouvoir des contractants de restreindre la liberté d'autrui par des mensonges ou des omissions (1).

β. Ensuite l'art. **1341** n'édicte la prohibition de la preuve testimoniale que lorsqu'il y a un *acte*, c'est-à-dire un écrit rédigé contradictoirement par les parties et destiné à servir de preuve. Par suite, on ne doit pas l'étendre à l'hypothèse où l'écrit qui existe ne constitue pas un acte (2) : ce qui arrive, par exemple, quand la preuve littérale consiste dans des registres ou papiers domestiques ou dans des mentions écrites par le créancier. Art. **1331** et **1332** (3).

Notre second principe suppose même un acte faisant pleine foi des énonciations qu'il renferme. La défense d'attaquer la preuve littérale au moyen de la preuve testimoniale ne se comprend que si l'acte forme preuve complète (4). Cette prohibition n'est donc pas applicable aux actes sous seing privé nuls pour omission de la formalité du *Bon* ou *Approuvé*, bien que ces actes forment un commencement de preuve par écrit (5).

γ. Enfin la preuve par témoins contre et outre le contenu à

(1) Duranton, XIII, n. 338; Colmet de Santerre, V, n. 315 *bis*-XXII; Demolombe, XXX, n. 94; Laurent, XIX, n. 475 ; Huc, VII, n. 233, al. 2, et VIII, n. 288, al. 2. — Bruxelles, 10 janv. 1810, *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4738-2°. — Grenoble, 18 déc. 1811, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4738-1°. — Rennes, 11 déc. 1817, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4738-4°. — Req., 24 mars 1829, S. chr., IX. 1. 259, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4738-6°; 23 mai 1887 (2 arrêts), S., 89. 1. 407, D. P., 87. 1. 498-499. — V. aussi Pothier, *Oblig.*, n. 801 (édit. Dupin, I, p. 469).

(2) Laurent, XIX, n. 476.

(3) V. *supra*, n. 2444.

(4) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 320, al. 2 *in fine;* Larombière, VI, p. 418 (art. 1341, n. 24) ; Demolombe, XXX, n. 79 *bis*.

(5) Larombière, VI, p. 419 (art. 1341, n. 24, al. 2).

un acte est admissible lorsque cet acte est attaqué pour cause de fraude. Cette solution est fondée sur la disposition de l'art. 1348, car, par exemple, la partie victime du dol n'a pas pu s'en procurer une preuve écrite (1). Nous reviendrons sur ce point (2).

2570. D'après la plupart des auteurs, la règle que nous étudions ne fait pas obstacle à ce qu'on recoure à la preuve testimoniale soit pour interpréter les clauses obscures ou ambiguës de l'acte, soit pour préciser la portée des énonciations plus ou moins vagues qu'il renferme. Alors, en effet, la preuve par témoins n'est pas employée pour contredire les termes de l'acte ou pour y ajouter, mais simplement pour les expliquer (3).

C'est ainsi, dit-on, que cette preuve peut être admise pour établir — notamment en vue de fonder la prescription de de dix à vingt ans — qu'une portion de terrain est comprise dans un domaine formant l'objet d'une vente ou d'une donation et désigné sous une dénomination collective dans l'acte dressé pour constater ce contrat, par conséquent sans énumération des parcelles qui le composent (4).

Nous ne saurions nous ranger à cette opinion. En fait, la doctrine que nous venons d'exposer a pour conséquence la violation de la loi. Sous prétexte d'interpréter l'acte, on use des témoignages pour prouver contre et outre les énonciations qui s'y trouvent contenues. D'ailleurs, le législateur a posé, dans les articles 1156 et suivants, les règles relatives à l'inter-

(1) V. notamment Civ. rej., 8 janv. 1889, S., 91. 1. 156, D. P., 89. 1. 359. — Req., 3 juill. 1900, S., 1900. 1. 461, D. P., 1900. 1. 412; 13 juill. 1900, S., 1901. 1. 359. — Civ. rej., 29 déc. 1902, S., 1903. 1. 186. — V. aussi Laurent, XIX, n. 584. — V. pour le cas de fausseté de la cause énoncée dans l'acte et de caractère illicite de la cause réelle, Civ. rej., 28 août 1877, S., 78. 1. 270, D. P., 78. 1. 164.

(2) V. *infra*, n. 2634-2635.

(3) Bonnier, *op. cit.*, n. 143; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 322-323, texte et note 10; Larombière, VI. p. 427-428 (art. 1341, n. 33 et 34); Demolombe, XXX, n. 89. — Rennes, 5 déc. 1879, D. P., 81. 2. 218. — Req., 23 mai 1881, S., 81. 1. 396, D. P., 82. 1. 362; 31 mars 1886, S., 86. 1. 260, D. P., 87. 1. 8. — Paris, 4 mars 1887, S., 90. 2. 60, D. P., 88. 2. 65. — V. aussi Req., 14 mars 1876, S., 76. 1. 276. — Cour sup. de just. du Luxembourg, 20 mai 1880, S., 84. 4. 9.

(4) Civ. cass., 23 janv. 1837, S., 37. 1. 110, D., *Répert. alph.*, v° *Prescription civile*, n. 882. — Civ. rej., 31 janv. 1837, S., 37. 1. 522, D., *Répert. alph.*, v° *Vente*, n. 651-1°.

prétation des conventions. Si l'acte renferme des clauses obscures ou ambiguës, c'est d'après ces règles que le juge doit les interpréter. La preuve testimoniale n'est donc pas admissible dans ce cas. Au surplus, la tradition est dans ce sens. Pothier, reproduisant la décision de Domat, s'exprime ainsi : « Toute preuve testimoniale étant interdite outre le contenu d'un acte, une partie ne serait pas recevable à faire entendre les témoins qui ont assisté à l'acte, ni même les notaires qui l'ont reçu, pour *expliquer* ce qui y est contenu et déposer de ce dont on est convenu lors de sa confection » (1). L'autorité de Domat et de Pothier est ici d'autant plus grande que la matière est toute traditionnelle (2).

2571. Quelques auteurs enseignent que, si des erreurs matérielles ont été commises dans un acte instrumentaire, il est permis de recourir à des témoins pour en prouver l'existence (3). Il en est de même, disent-ils, pour les erreurs de calcul (4).

Nous repoussons également cette solution, car elle est de nature, elle aussi, à faire échec au second des principes formulés dans l'art. 1341 (5). D'ailleurs, la plupart du temps, on peut rectifier les erreurs matérielles et surtout les erreurs de calcul sans faire appel à des témoignages (6). Ainsi, lorsque de pareilles erreurs sont alléguées et qu'on demande à les prouver par témoins, il y a des raisons particulières pour que cette offre de preuve inspire de la défiance.

2572. D'après la majeure partie de la doctrine, le principe que la preuve testimoniale n'est pas recevable outre le contenu aux actes ne s'oppose pas à ce qu'on établisse par témoins le jour où a été dressé un acte sous signature privée qui n'est pas daté. La règle ci-dessus posée signifie simple-

(1) *Oblig.*, n. 797. — Domat, *Lois civiles*, part. I, liv. III, tit. VI, sect. II, n. 7 (édit. Remy, II, p. 153).

(2) Duranton, XIII, n. 337; Laurent, XIX, n. 479.

(3) Demolombe, XXX, n. 90. — Req., 19 janv. 1870, S., 71. 1. 97, D. P., 70. 1. 802.

(4) Bonnier, *op. cit.*, n. 143; Demolombe, XXX, n. 91. — Req., 22 nov. 1865, cité par Bonnier, *ubi supra*.

(5) Laurent, XIX, n. 480.

(6) V. Civ. rej., 23 avril 1860, D. P., 60. 1. 228. — Pau, 21 mars 1887, D. P., 87. 2. 159.

nient, dit-on, que la preuve testimoniale ne saurait servir à attaquer la convention elle-même. Or l'indication de la date n'est pas au nombre des énonciations constitutives de la convention. Il s'agit de prouver un simple fait; la preuve par témoins est donc recevable (1).

C'est ce que Danty enseignait dans ses *Additions* au livre de Boiceau. En terminant sa démonstration, il disait : « Ce qui doit avoir lieu dans tous les contrats dont la date a été omise, le contrat, tel qu'il est, tenant lieu *en quelque sorte*, en ce cas, de commencement de preuve par écrit (2).

Mais, selon Pothier : « Cette décision souffre difficulté » (3), et l'annotateur de Danty, après avoir cité les paroles du jurisconsulte d'Orléans, s'exprime ainsi : « Je pense même que la négative est beaucoup plus dans les principes de la matière. En effet, quoique la date de l'acte ne soit pas une convention, comme dit Danty, néanmoins elle détermine la qualité de la convention et sa légitimité ou son illégitimité en certains cas, par exemple, si tel qui l'a souscrite était pour lors majeur et usant de ses droits, ou mineur et incapable de contracter : si donc on pouvait admettre à la preuve par témoins de la date, on pourrait admettre à la preuve par témoins de la qualité de la convention, ce qui est contre l'esprit de l'ordonnance, qui, se défiant avec raison de l'intégrité de cette preuve, n'a pas voulu qu'elle pût être admise, lorsque la convention est assez importante pour excéder cent livres : *a pari* lorsqu'il s'agit de quelque autre qualité de la convention non moins importante, comme celle dont il est ici question..... Le contrat ne peut tenir lieu, en ce cas, de commencement de preuve par écrit, car un commencement de preuve par écrit doit avoir quelque rapport à la chose dont il sert de preuve ; mais le contrat n'a aucun rapport, en ce cas, avec sa date, rien qui conduise de l'un à l'autre et qui puisse y avoir le moindre trait... » (4). A notre avis, ce raisonne-

(1) Toullier, IX, n. 224 à 226; Bonnier, *loc. cit.*; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 323, texte et note 12; Demolombe, XXX, n. 92 et 93.

(2) Danty, *Additions* à Boiceau sur le chap. IX, n. 8 et 9.

(3) *Oblig.*, n. 796 *in fine*.

(4) Notes sur Danty, 7e édit. de Boiceau (1789), p. 285.

ment est décisif. Il montre que la date n'est pas un simple fait, mais bien un fait juridique ayant de très importantes conséquences [1].

2573. La seconde disposition de l'art. 1341 se termine par ces mots : « .....encore qu'il s'agisse d'une somme ou d'une valeur moindre de 150 fr. ». Les motifs de la règle que la preuve testimoniale n'est pas recevable contre et outre le contenu aux actes ne permettaient pas de distinguer suivant que l'intérêt est supérieur ou non au taux fixé pour l'admission de la preuve testimoniale. C'est, au surplus, ce qu'avaient déjà pensé les auteurs de l'ordonnance de 1667.

Il y avait même une raison *a fortiori* pour appliquer notre principe au cas où la valeur n'excède pas 150 fr., car, puisque les parties étaient alors dispensées de constater leur convention par écrit, on doit supposer qu'en rédigeant néanmoins un acte, elles ont voulu exclure l'emploi de la preuve testimoniale contre les énonciations qu'il renferme [2].

§ II. *Des cas dans lesquels la preuve testimoniale est admise.*

2574. La loi indique un certain nombre de cas dans lesquels la preuve testimoniale est toujours admissible. Les uns constituent des exceptions formelles au double principe énoncé dans l'art. 1341 ; les autres sont hors de ces prohibitions.

Sont compris dans la première catégorie le cas où il s'agit d'une matière commerciale et celui où il existe un commencement de preuve par écrit.

La seconde catégorie embrasse les divers cas où il a été impossible de se procurer une preuve littérale et ceux où le titre a été perdu.

Nous traiterons d'abord des exceptions, puis des cas non compris dans la double prohibition de l'art. 1341.

(1) Laurent, XIX, n. 477.

(2) Larombière, VI, p. 418 (art. 1341, n. 23) ; Demolombe, XXX, n. 79 ; Laurent, XIX, n. 473.

I. *Des exceptions.*

A. *Exception relative aux matières commerciales.*

2575. La première exception concerne les matières commerciales. Elle n'était pas mentionnée dans l'ordonnance de 1566; mais, dès cette époque, elle était admise par l'usage et fut reconnue par quelques arrêts [1]. L'ordonnance de 1667 lui donna une consécration textuelle. L'art. 2 de son titre XX porte : « ... Sans toutefois rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands ».

Aujourd'hui, cette exception est annoncée par ces mots qui terminent l'art. 1341 : « Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce », et elle se trouve consacrée par l'art. 109 C. co., ainsi conçu : « Les achats et ventes se constatent : — par actes publics; — par actes sous signature privée; — par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier dûment signé par les parties; — par une facture acceptée; — par la correspondance; — par les livres des parties; — *par la preuve testimoniale dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre* ». Cet article ne vise formellement, il est vrai, que les achats et ventes. Mais il n'en est pas moins applicable à tous les actes de commerce. Quand il dispose que les achats et ventes se constatent par les moyens de preuve indiqués dans ses alinéas 2 à 7, il formule certainement une règle générale. Comment en serait-il autrement lorsque, dans son alinéa 8, il parle de la preuve par témoins? Si l'art. 109 ne vise expressément que les achats et ventes, c'est parce que toutes les opérations commerciales peuvent se ramener à ces deux termes. Peu importe que l'art. 49 du même code dispose que : « Les opérations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, *ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise* ». On ne peut pas en conclure que ce dernier mode de preuve

[1] Bornier, *Conférences des ordonnances de Louis XIV*, sur l'art. 3 du titre XX de l'Ord. de 1667 (édit. de 1744, I, p. 148).

n'est recevable que pour ceux des actes de commerce qui, à cet égard, ont fait l'objet d'une disposition spéciale. L'art. 49 renferme simplement une application de la règle générale, et, si le législateur a cru devoir la faire, c'est pour empêcher que, par une interprétation inexacte des art. 39 à 41 C. co., on n'assimile, au point de vue de la preuve, les associations en participation aux sociétés commerciales proprement dites, qui ne peuvent pas être constatées par témoins (1).

2576. Ainsi, en matière de commerce, la preuve testimoniale est recevable lors même que la valeur du fait juridique à prouver serait supérieure à 150 fr. Cette dernière proposition ne fait pas de difficulté.

Mais, d'après nous, dans la matière dont il s'agit, la preuve testimoniale est recevable également pour établir qu'un acte est inexact ou incomplet, ou qu'il a été modifié après coup par des conventions verbales.

En un mot, cette exception porte non seulement sur le premier, mais encore sur le second des principes formulés dans l'art. 1341.

Quels sont les arguments qu'on peut invoquer à l'appui de cette doctrine? D'abord elle se fonde sur la façon dont est rédigée la disposition finale de l'article précité : « *Le* TOUT, *sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce* ». Cette rédaction ne suppose-t-elle pas que les lois

(1) Favard, *Rép.*, v° *Preuve*, § 1, n. 9; Delvincourt, II, part. 1, p. 196; Toullier, IX, n. 230 à 232; Duranton, XIII, n. 340 et 341; Pardessus, *Cours de dr. comm.*, II, n. 262 et 263; Bravard, *Man. de dr. comm.*, chap. VII; Marcadé, V, sur l'art. 1348, VII; Bonnier, n. 174; Colmet de Santerre, V, n. 315 *bis*-XXIV; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 324, texte et note 1; Larombière, VI, p. 429 *in fine* (art. 1341, n. 36); Demolombe, XXX, n. 99. — Req., 1er août 1810, S. chr., III. 1. 221, D., *Rép. alph.*, v° *Effets de commerce*, n. 134; 11 nov. 1813, S. chr., IV. 1. 463, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4963. — Bordeaux, 15 mars 1825, S. chr., VIII. 2. 49, D., *loc. cit.* — Req., 24 mars 1825, S. chr., VIII. 1. 90, D., *loc. cit.* — Civ. rej., 14 fév. 1827, VIII. 1. 526, D., *loc. cit.* — Limoges, 8 mai 1835, S., 35. 2. 463, D., v° *cit.*, n. 4960-5°. — Req., 2 janv. 1843, S., 43. 1. 428; 17 mars 1868, S., 68. 1. 380; 15 juill. 1872, S., 74. 1. 317. — Rouen, 30 avril 1878, S., 79. 2. 236. D. P., 79. 2. 87. — Civ. cass., 7 janv. 1885, S., 85. 1. 152, D. P., 85. 1. 421. — Civ. rej., 11 juin 1892, S., 92. 1. 508, D. P., 92. 1. 463. — Req., 3 juill. 1895, D. P., 96. 1. 301. — Bordeaux, 11 juill. 1898, S., 99. 2. 206. — V. aussi Req., 2 avril 1879, S., 80. 1. 116; 8 juill. 1879, S., 81. 1. 317; 5 mars, 1894, S., 94. 1. 413; 7 janv. 1896, D. P., 96. 1. 135; 25 juin 1896, D. P., 97. 1. 79.

dont il est question dérogent aux deux règles qui viennent d'être posées? Notre interprétation, d'ailleurs, est conforme aux anciens usages commerciaux. On peut citer, notamment, deux arrêts du parlement de Paris, l'un du 22 juillet 1613, l'autre du 22 juillet 1689, qui avaient décidé que la preuve testimoniale était admissible, devant les juridictions consulaires, contre et outre le contenu aux actes. Enfin les auteurs du Code de commerce ont cru devoir écrire cette disposition : « Aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les *actes de société*, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de cent cinquante francs ». Art. 41 (1). Pour que ce texte ne soit pas inutile nous devons admettre qu'il a un caractère exceptionnel et que, par conséquent, sauf pour les actes dont il parle, le second des principes formulés dans l'art. 1341 est, aussi bien que le premier, inapplicable en matière commerciale (2).

2577. Donc, en cette matière, d'abord la preuve testimoniale est recevable lors même que l'intérêt du litige excède 150 fr. ; puis il est permis de prouver par témoins contre et outre le contenu des actes. Toutefois cette double proposition ne doit être admise que sauf les exceptions établies par les

(1) La disposition de l'art. 41 C. com., suivant laquelle la preuve testimoniale n'est pas admise contre et outre le contenu dans les actes de société, reçoit exception dans les cas prévus par les art. 1347 et 1348. — Angers, 24 février 1894, *Mon. Lyon*, 22 juin 1894.

(2) *Sic* Toullier, IX, n. 233; Marcadé, V, sur l'art. 1348, VII; Bravard, *op.* et *loc. cit.*: Bonnier, *op. cit.*, n. 145; Colmet de Santerre, V, n. 315 *bis*-XXV; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 325, texte et note 3; Larombière, VI, p. 431 (art. 1341, n. 37); Demolombe, XXX, n. 100; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 620, et *Tr. de dr. comm.*, III, n. 78; Huc, VIII, n. 291. — Req., 10 juin 1835, S., 35. 1. 689, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5053; 11 juin 1835, S., 35. 1. 623, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4962; 6 avril 1841, S., 41. 1. 789, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5053. — Riom, 4 août 1857, S., 58. 2. 252. — Req., 10 juin 1860, S., 60. 1. 901, D. P., 60. 1. 271; 21 déc. 1875, D. P., 78. 1. 80; 8 mars 1880, S., 81. 1. 27, D. P., 81. 1. 261; 29 oct. 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 2. 649. — Bordeaux, 5 avril 1894, S., 95. 2. 15. — Paris, 27 oct. 1897, *Gaz. Pal.*, 98. 1. 140. — Orléans, 3 nov. 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 2. 673. — Paris, 19 janv. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901, 1, *texte non publié*. — Req., 25 nov. 1903, S., 1904. 1. 332, D. P., 1904. 1. 183, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 538; 30 nov. 1903, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 126; 23 déc. 1903, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 537. — Cpr. Toulouse, 5 fév. 1898, *Gaz. Midi*, 27 mars 1898. — *Contra* Angers, 4 juin 1829, S. chr., IX. 1. 280, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4959.

dispositions spéciales indiquées plus haut (art. 39, 41, 195, 273, al. 1er, 311, al. 1er, et 332, al. 1er C. comm.) (1).

2578. L'admissibilité de la preuve par témoins en matière de commerce est indépendante du caractère commercial ou civil de la juridiction saisie. Si l'acte est civil de sa nature, l'art. 1341 doit être appliqué lors même que la contestation est liée devant le tribunal de commerce (2), et, réciproquement, si l'acte est commercial, la preuve testimoniale peut être admise lors même que l'affaire est portée devant le tribunal civil (3).

Il faut donc s'attacher uniquement à la nature du fait juridique à prouver. Mais que doit-on décider s'il n'a le caractère commercial qu'à l'égard de l'une des parties? Dans ce cas, la preuve testimoniale est admissible contre cette partie, tandis qu'elle ne l'est pas contre l'autre (4).

2579. On lit à la fin de l'art. 49 du Code de commerce : « Par la preuve testimoniale, *si le tribunal juge qu'elle peut être admise* ». Et à la fin de l'art. 109 du même code : « Par la preuve testimoniale *dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre* ». Il ne faut pas en conclure que, lorsque cette preuve n'est recevable qu'en vertu des règles spéciales du droit commercial, les juges peuvent la rejeter, lors même qu'elle porte sur des faits pertinents et vraisemblables, si, à raison des circonstances de la cause, ils pensent devoir le faire. Les expressions ci-dessus transcrites ne signifient rien

(1) V. *supra*, n. 2528.

(2) Douai, 6 août 1851, S., 51. 2. 806. — Gand. 28 mai 1884, *Pasicr.*, 84. 2. 274. — Riom, 23 déc. 1897, *Rec. Riom*, 1897-1898, p. 294.

(3) Bonnier, *op cit.*, n. 148; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 326; Larombière, VI, p. 435 (art. 1341, n. 41); Demolombe, XXX, n. 103. — Bordeaux, 5 juillet 1881, *Gaz. Pal.*, 82. 1. 231. — Trib. comm. du Havre, 14 déc. 1896, *Rec. du Havre*, 97. 1. 19. — Lyon, 3 nov. 1898, *Mon. jud. de Lyon*, 27 avril 1899. — V. aussi Trib. civ. Mayenne, 13 nov. 1896, *Gaz. Trib.*, 28 avril 1897.

(4) Bravard et Demangeat, *Tr. de dr. comm.*, II, p. 461; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 326; Larombière, VI, p. 434 (art. 1341, n. 40); Demolombe, XXX, n. 104; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 625, et *Tr. de dr. comm.*, III, n. 87. — Civ. cass., 19 nov. 1862, S., 63. 1. 29, D. P., 62. 1. 472. — Req., 31 mars 1874, S., 75. 1. 365, D. P., 75. 1. 229. — Rouen, 8 mars 1878, S., 78. 2. 247. — Dijon, 3 nov. 1892, D. P., 93. 2. 331. — Amiens, 23 nov. 1895, *Rec. d'Amiens*, 1896. 82. — Lyon, 3 nov. 1898, précité. — Cpr. Bonnier, *op. cit.*, n. 174. — V. cep. Massé, *Dr. comm.*, IV, n. 2543; Boistel, *Précis de dr. comm.*, 3e édit., n. 437.

de plus que les derniers mots de l'art. 253 du Code de procédure civile, ainsi conçu : « Si les faits sont admissibles, qu'ils soient déniés, et que la loi n'en défende pas la preuve, *elle pourra être ordonnée* ». En d'autres termes, qu'ils appliquent l'art. 1341 du Code civil ou l'art. 109 du Code de commerce, les juges ont, sans doute, un pouvoir souverain d'appréciation, mais seulement sur le point de savoir si les conditions légales d'admissibilité se rencontrent dans l'espèce qui leur est soumise. Ils ne peuvent donc pas, dans notre hypothèse, rejeter la preuve par témoins sans fonder cette décision sur la non pertinence ou sur l'invraisemblance des faits (1).

B. *Du cas où il y a un commencement de preuve par écrit.*

2580. Les deux prohibitions contenues dans l'art. 1341 cessent encore dans le cas prévu par l'art. 1347, dont le premier alinéa porte : « *Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit* ». Cette circonstance diminue l'incertitude de la preuve testimoniale et la rend moins suspecte. En effet les dépositions des témoins, quoique insuffisantes pour démontrer la vérité à elles toutes seules, créent toutefois une certaine probabilité, qui, réunie à une autre probabilité, peut faire une preuve suffisante : « Alors, comme dit Bigot-Préameneu, un premier pas est fait vers la vérité ; elle n'est plus entièrement dépendante de simples témoignages » (2).

Cette exception est aussi ancienne que la règle. Elle n'avait pas été, il est vrai, expressément admise par l'ordonnance de 1566 ; mais, dès cette époque, la jurisprudence et la doctrine la considéraient comme incontestable (3). L'ordonnance de 1667 n'a fait que la consacrer (4).

(1) Larombière, VI, p. 431-433 (art. 1341, n. 38) ; Demolombe, XXX, n. 102. — Trib. com. Saint-Etienne, 22 nov. 1899, *Loi*, 25 nov. 1899. — Cpr. Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 326 *in fine*. — Trib. comm. Nantes, 9 oct. 1894, *Rec. de Nantes*, 95. 1. 49 ; 13 déc. 1905, même rec., 1906. 1. 186.

(2) *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 304 ; Locré, XII, p. 409, n. 212 *in fine*.

(3) Un arrêt, notamment, vit dans une reconnaissance délivrée par une veuve un commencement de preuve contre les héritiers de son mari. Vrevin, sur l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins.

(4) Tit. XX, art. 3.

Il résulte du texte même de la loi qu'elle s'applique aux deux principes posés dans l'art. 1341 : « *Les règles ci-dessus reçoivent exception...* », dit l'art. 1347. Ainsi l'existence d'un commencement de preuve par écrit rend la preuve testimoniale admissible non seulement pour établir un fait juridique ayant un objet dont la valeur excède 150 fr., mais aussi pour prouver contre et outre le contenu à un acte.

2581. Mais qu'est-ce qu'un commencement de preuve par écrit ? Notre ancienne jurisprudence, surtout dans les premiers temps qui suivirent la mise en vigueur de l'ordonnance de Moulins, n'exigeait pas que l'écrit où l'on voulait puiser un commencement de preuve émanât de la personne à laquelle il était opposé.

L'ordonnance de 1667 ne se prononça pas sur la question, car elle déclara simplement que la preuve testimoniale pourrait être admise au cas d'existence d'un commencement de preuve par écrit. Mais Danty et Pothier étaient d'avis que l'écrit devait émaner de l'adversaire : « ... Le commencement de preuve par écrit, disait le second de ces auteurs, doit résulter ou d'un acte public, dans lequel celui contre qui on veut faire la preuve ait été partie, ou d'un acte privé signé de lui, ou du moins écrit de sa main. L'acte, écrit par celui qui demande à faire preuve, ne peut pas lui servir de commencement de preuve, parce qu'on ne peut pas se faire des titres à soi-même... L'écrit d'un tiers ne peut pas faire le commencement de preuve par écrit que demande l'ordonnance; car ce tiers n'est que comme un témoin, et ce qu'il a déclaré par écrit ne peut équipoller qu'à une preuve testimoniale » (1).

Le Code civil a consacré la doctrine de Danty et de Pothier. L'art. 1347, al. 2, définit en ces termes le commencement de preuve par écrit : « *On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué* ». Cette définition renferme trois idées principales qui

(1) *Oblig.*, n. 807, al. 1 et 2, et n. 808 *in princ.* — V. aussi Danty, *Additions sur Boiceau*, part. II, chap. I, n. 13 (7e édit., 1789, p. 585).

résument les éléments constitutifs du commencement de preuve par écrit. Il faut : 1° qu'il y ait un écrit ; 2° que cet écrit émane de l'adversaire ou de celui qu'il représente ; 3° qu'il rende vraisemblable le fait allégué.

Nous allons traiter en détail de ces diverses conditions. Mais il nous faudra ensuite porter notre attention sur un autre point : la preuve testimoniale est-elle admissible dans tous les cas où il existe un commencement de preuve par écrit ?

Nous diviserons donc nos explications en deux parties : dans la première, nous étudierons les conditions du commencement de preuve par écrit, et, dans la seconde, la sphère d'application de l'art. 1347.

N° 1. *Conditions du commencement de preuve par écrit.*

a. Il faut un écrit.

2582. Il faut, en premier lieu, qu'il y ait un écrit (1). Les juges ne pourraient donc pas voir un commencement de preuve dans les probabilités qui résulteraient des circonstances de la cause. Ces probabilités, en effet, ne constituent que des présomptions ; or, les présomptions ne rendent pas admissible la preuve testimoniale. Cela est si vrai que leur propre admissibilité implique nécessairement celle de cette preuve. Art. 1353.

D'ailleurs, si l'aveu partiel qui forme le commencement de preuve pouvait être verbal, il faudrait, avant de prouver par témoins le fait allégué, établir de la même façon cet aveu lui-même, de sorte qu'en réalité, nonobstant l'importance de l'intérêt, aucune garantie particulière ne serait exigée pour l'admission de la preuve testimoniale. Au surplus, cette solution ne pourrait pas se concilier avec la disposition de l'art. 1355 : « L'allégation d'un aveu extra-judiciaire purement verbal est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible » (2).

(1) V. Nancy, 24 janv. 1893, D. P., 95. 2. 132.

(2) Aussi les juges ne sauraient-ils puiser un commencement de preuve par écrit dans les agissements ou dans les abstentions de l'une des parties. Civ. cass., 17 déc. 1867, S., 68. 1. 117, D. P., 67. 1. 486.

2583. Mais, s'il faut un écrit, il n'est pas nécessaire qu'il constitue un acte, c'est-à-dire qu'il ait été dressé en vue de constater le fait litigieux. L'al. 2 de l'art. 1347 porte, il est vrai : « On appelle ainsi tout *acte* par écrit... ». Mais on s'accorde à reconnaître que le législateur s'est exprimé d'une façon incorrecte. Nos anciens auteurs n'exigeaient pas que l'écrit eût le caractère d'acte. Pothier, notamment, cite comme exemple une lettre (1). Or il résulte des travaux préparatoires que les auteurs du Code ont certainement voulu reproduire cette doctrine. Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs* (2), et Jaubert, dans son *Rapport* (3), parlent simplement d'un *écrit*.

Il s'ensuit qu'un écrit quelconque peut former un commencement de preuve. Peu importe sa forme ; peu importe également le but qu'on avait en vue lorsqu'on l'a rédigé. Nous ferons même remarquer à ce sujet que, la plupart du temps, l'écrit produit en vertu de l'art. 1347, n'a pas été destiné à servir de preuve (4).

2584. Les juges peuvent donc, le cas échéant, considérer comme formant un commencement de preuve par écrit les livres de commerce ; les registres et papiers domestiques ; les mentions écrites au dos, en marge, ou à la suite d'un acte instrumentaire ; les lettres missives, qu'elles aient été adressées à la personne qui les invoque ou à un tiers, pourvu que, dans ce dernier cas, elles puissent être produites en justice (5) ; les projets d'actes, les simples notes inscrites sur des feuilles volantes (6). En un mot, nous le répétons, un écrit quelconque peut constituer un commencement de preuve (7).

(1) *Oblig.*, n. 803 (édit. Dupin, I, p. 470).

(2) Fenet, XIII, p. 304 ; Locré, XII, p. 409, n. 212, al. 2 *in fine*.

(3) Fenet, XIII, p. 398 ; Locré, XII, p. 528, n. 28, al. 5.

(4) Colmet de Santerre, V, n. 320 *bis*-II ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 331 ; Larombière, VI, p. 494-495 (art. 1347, n. 16) ; Demolombe, XXX, n. 112 ; Laurent, XIX, n. 488 ; Planiol, II, 1re édit., n. 1168-1°, 2e et 3e édit., n. 1124-1°.

(5) V., sur cette condition, *supra*, n. 2463 s.

(6) V. *supra*, n. 2446 *in fine*.

(7) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 232 ; Larombière, VI, p. 495 (art. 1347, n. 16, al. 2) ; Demolombe, XXX, n. 113 ; Laurent, XIX, n. 488-489 ; Huc, VIII, n. 292, p. 371. — Req., 6 nov. 1828 (écriture mise en marge d'un titre), D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4841, et v° *Mandat*, n. 267. — Civ. rej., 4 août 1854 (inscription sur un registre domestique), D. P., 54. 2. 597. — Bordeaux, 8 mars 1889 (cas analogue).

Ainsi, d'après un arrêt de la cour de Bordeaux, du 8 mars 1889, la mention inscrite par un notaire sur la minute d'un acte et constatant la délivrance d'une grosse ou la remise d'une expédition forme contre ce notaire un commencement de preuve par écrit autorisant le client de ce notaire à établir par témoins le fait de cette délivrance ou de cette remise, à l'effet de pouvoir invoquer la présomption de libération, qui, suivant la jurisprudence (1), résulte de ce fait, aux termes de l'art. 1283 (2).

Les éléments constitutifs du commencement de preuve par écrit peuvent, d'ailleurs, être puisés dans des actes distincts, car le législateur n'interdit nulle part qu'il en soit ainsi (3).

2585. Il faut toujours que l'écrit invoqué à titre de commencement de preuve soit représenté; on ne serait jamais recevable à en établir l'existence par témoins. L'art. 1348-4°, admet, sans doute, la preuve testimoniale de l'obligation quand le titre a péri par cas fortuit; mais il ne concerne pas le commencement de preuve par écrit. On peut facilement justifier cette distinction. C'est qu'en effet, les deux cas sont bien différents : dans celui que vise l'art. 1348-4°, le créancier a satisfait à l'exigence de l'art. 1341 en s'armant d'une preuve littérale, tandis que, dans celui prévu par l'art. 1347, il est en faute pour ne pas s'être procuré une preuve de cette nature. De plus, quand l'écrit qui a péri par l'effet d'une

S., 91. 1. 158, D. P., 91. 2. 1. — Req., 4 juin 1896 (projet d'acte sous seing privé dans lequel l'auteur de l'écriture se reconnaît débiteur de la dette litigieuse), D. P., 96. 1. 456. — V. quant aux lettres missives, Req., 29 prairial an XIII, S. chr., II. 1. 125, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4831. — Civ. rej., 28 déc. 1841, D., *op. et v° cit.*, n. 4834, et v° *Usage*, n. 202-2°; 26 juil. 1872, D. P., 72. 1. 473. — Req., 9 juil. 1890, S., 92. 1. 557, D. P., 91. 1. 27. — Civ. rej., 14 déc. 1892, S., 96. 1. 524, D. P., 93. 1. 489. — Alger, 2 nov. 1893, D. P., 94. 2. 504. — Nancy, 19 mai 1894, D. P., 95. 2. 94. — Paris, 31 oct. 1895, D. P., 96. 2. 21. — Amiens, 23 nov. 1897, *Rec. d'Amiens*, 1897. 211. — L'altération de la date d'une lettre non déniée ne suffit pas pour lui enlever le caractère de commencement de preuve par écrit. Lyon, 29 janvier 1892, *Mon. Lyon*, 19 fév. 1892. — V. Quant aux feuilles volantes, Paris, 6 mars 1854, S., 54. 2. 131, D. P., 54. 2. 211, et, sur pourvoi, Civ. rej., 30 juil. 1855, S., 56. 1. 41, D. P., 55. 1. 332. — Paris, 27 déc. 1866, D. P., 67. 2. 30; 26 janv. 1867, S., 67. 2. 341, D. P., 67. 2. 31.

(1) V. *supra*, n. 1785.

(2) Arrêt précité.

(3) Req., 27 nov. 1893, S., 95. 1. 167, D. P., 94. 1. 60.

force majeure, constituait un titre, il renfermait, suivant toutes les vraisemblances, la preuve du fait allégué ; on peut donc être, à la rigueur, dispensé de le produire. Lors, au contraire, qu'une partie invoque un écrit comme commencement de preuve, il faut absolument que les juges puissent l'examiner, car ils doivent apprécier les probabilités qui s'en dégagent. La représentation de cet écrit est donc alors indispensable (1).

Cependant, lorsque la personne à laquelle on oppose l'écrit en reconnaît l'existence et qu'en outre les parties sont d'accord sur son contenu, il peut, quoique non représenté, former un commencement de preuve, car celle des parties qui aurait intérêt à faire écarter la preuve testimoniale, avoue implicitement qu'elle est admissible (2). Seulement, en pareil cas, les juges auront à se demander si les parties ne s'entendent pas pour éluder frauduleusement l'interdiction écrite dans l'art. **1341** (3).

b. De qui l'écrit doit émaner.

2586. La loi exige en outre que l'écrit soit « émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente ». Ainsi s'exprime l'art. **1347**. Mais nous devons élargir et compléter cette formule : d'une part, le commencement de preuve peut être invoqué par le défendeur à l'appui d'une exception ; dans ce cas, il n'émane pas de celui *contre lequel la demande est formée*. On peut, il est vrai, faire observer que le défendeur joue alors le rôle de demandeur : *Reus in excipiendo fit actor,* et que, par conséquent, il suffit de prendre les termes de la loi dans un sens large pour qu'ils embrassent notre hypothèse. Il vaut mieux cependant, pour plus de précision, dire que l'écrit doit émaner de celui *à qui on l'oppose*.

D'autre part, après ces mots « *ou de celui qu'il représente* », la loi aurait dû ajouter : *ou de celui par lequel il était repré-*

(1) Civ. rej., 5 mai 1856, D. P., 56. 1. 197. — V. dans le même sens Laurent, XIX, n. 490.

(2) Req., 19 déc. 1849, S., 50. 1. 717, D. P., 50. 1. 234. — Cpr. Req., 3 mai 1830, S. chr., IX. 1. 509, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4754. — V. dans le même sens, Laurent, XIX, n. 490, al. 2, p. 508 *in fine*.

(3) Laurent, *loc. cit.*

senté. Il est incontestable, en effet, que le commencement de preuve peut être puisé dans l'écrit émané du mandataire de la partie contre laquelle il est invoqué.

Aussi remplacerons-nous la formule de l'art. 1347 par celle-ci : l'écrit doit émaner soit de celui à qui on l'oppose, soit de la personne qu'il représente ou de celle qui le représentait (1).

Ainsi l'écrit doit avoir un caractère de personnalité par rapport à l'adversaire. L'écrit émané d'un tiers ne saurait donc servir de commencement de preuve. Il ne faut y voir qu'une déclaration de témoin. Il ne peut, comme dit Pothier, « équipoller qu'à une preuve testimoniale ». L'art. 1347, en définissant le commencement de preuve par écrit, a écarté la solution contraire qui était admise par la jurisprudence sous l'empire des ordonnances de 1566 et de 1667 (2).

On ne saurait, par exemple, voir un commencement de preuve par écrit dans un talon de mandat-poste (3).

A plus forte raison, l'écrit émané de la partie qui veut faire entendre des témoins ne rentre-t-il pas dans les termes de l'art. 1347 : « L'acte écrit par celui qui demande à faire la preuve, dit Pothier, ne peut pas lui servir de commencement de preuve, parce qu'on ne peut pas se faire de titres à soi-même » (4).

Rappelons à ce sujet que nous n'avons même pas à faire ici d'exception quant aux livres et registres des marchands. L'art. 1329, dont la disposition ne peut pas être étendue, permet seulement au juge de déférer le serment supplétoire au commerçant qui les produit (5).

(1) Colmet de Santerre, V, n. 320 *bis*-II; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 332, texte et note 8; Larombière, VI, p. 487 (art. 1347, n. 6); Demolombe, XXX, n. 129 et 131; Laurent, XIX, n. 492; Arntz, III, n. 391; Thiry, III, n. 157.

(2) V. une application intéressante dans Bordeaux, 26 fév. 1891, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 91. 1. 241.

(3) Rennes, 25 juin 1903, *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 408, *Droit*, 3 oct. 1903, *Loi*, 1er août 1903, *Mon. jud. Lyon*, 22 sept. 1903.

(4) *Oblig.*, n. 807, al. 2. — Civ. Cass., 13 juin 1881, S., 84. 1. 22, D. P., 82. 1. 474. — Trib. civ. Seine, 6 décembre 1901, D. P., 1903. 2. 113. D'après cette décision, la lettre émanant du mandataire du demandeur ne saurait valoir commencement de preuve par écrit.

(5) V. *supra*, n. 2425.

Toutefois, quelques dispositions particulières dérogent à notre principe. En matière de réclamation d'état, notamment, l'art. 324 permet d'invoquer à titre de commencement de preuve par écrit des pièces émanées d'une personne qui n'est point engagée dans la contestation, mais « qui y aurait intérêt si elle était vivante » (1).

En résumé, sauf dans des cas très rares, un écrit ne peut former commencement de preuve que s'il émane soit de la personne contre laquelle on l'invoque, soit de celui à qui elle a succédé, soit enfin de son représentant.

Nous allons envisager ces trois hypothèses.

1° *Ecrit émané de la personne à laquelle on l'oppose.*

2587. Le fait que l'écrit émane de la personne à laquelle on l'oppose peut résulter soit de l'écriture ou de la signature de cette personne, soit du caractère authentique de cet écrit. Mais il ne peut résulter que de l'une ou de l'autre de ces circonstances. En d'autres termes, il faut ou l'écriture, ou la signature, ou l'authenticité (2).

α. Ecriture ou signature de cette personne.

2588. Quand il ne s'agit pas d'un acte authentique, l'écriture ou la signature de l'adversaire est indispensable.

Ainsi la simple note énonçant un paiement reçu, mais non écrite ni signée par le créancier, ne peut, lors même qu'elle a été trouvée dans les papiers de celui-ci, valoir commencement de preuve par écrit de la libération du débiteur (3).

De même les quittances écrites et signées par le créancier et constatant le paiement des intérêts d'une créance ou des arrérages d'une rente, ne sauraient, bien qu'elles aient été trouvées dans les papiers du débiteur, fournir un commence-

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, *Des personnes*, III (*De la paternité et de la filiation*), n. 471 et 472.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 335 ; Larombière, VI, p. 492 (art. 1347, n. 13); Demolombe, XXX, n. 116 et 119.

(3) Bonnier, *op. cit.*, n. 168 ; Aubry et Rau, 4e édit., *loc. cit.* ; Larombière, VI, p. 492 *in fine* (art. 1347, n. 13, al. 3) ; Demolombe, *loc. cit.* — Civ. cass., 9 novembre 1842, S., 43. 1. 704, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4260-1°, et v° *Dispos. entre vifs et testam.*, n. 573.

ment de preuve par écrit au créancier, à l'effet de prouver, au moyen de témoignages, l'interruption de la prescription de la créance ou de la rente. On a, cependant, contesté cette dernière solution. Le créancier, a-t-on dit, peut, dans le cas prévu, invoquer les quittances à titre de commencement de preuve par écrit, car, si elles sont écrites et signées par lui-même, le débiteur se les est appropriées en les conservant dans ses papiers pour s'en faire, au besoin, un titre de libération. Mais cette circonstance que les quittances figuraient dans les papiers du débiteur n'a point la signification qu'on lui attribue, car elles peuvent y avoir été placées par un tiers, à l'insu du débiteur (1).

De même encore une lettre circulaire imprimée, non signée par celui à qui on l'oppose, ne saurait valoir contre lui commencement de preuve par écrit (2).

2589. Lorsque celui à qui on oppose l'écriture ou la signature d'un écrit privé la dénie ou la méconnaît, elle ne peut, bien entendu, former commencement de preuve par écrit qu'après avoir été vérifiée en justice (3).

Les juges peuvent, d'ailleurs, pour procéder à cette vérification, admettre tous les moyens de preuve, notamment les témoignages et les présomptions. Il leur est même permis de la faire eux-mêmes immédiatement, s'ils considèrent comme suffisants les éléments de conviction qui leur sont fournis par les circonstances de la cause (4).

En ce qui regarde la façon dont un acte sous seing privé, invoqué à titre de commencement de preuve par écrit, acquiert date certaine à l'égard des tiers, nous n'avons rien

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 333, texte et note 13; Larombière, VI, p. 493 (art. 1347, n. 13, dern. al.); Demolombe, *loc. cit.* — V. cependant Toullier, IX, n. 99.

(2) Paris, 11 août 1869, *Le Droit*, 22 septembre 1869.

(3) Bonnier, *op. cit.*, n. 168; Mourlon, II, n. 1609; Pigeau, *Comment.*, I, p. 321; Boncenne, *Th. de la procéd.*, IV, p. 188; Chardon, *Dol et fraude*, I, n. 120; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 334, texte et note 17; Larombière, VI, p. 503 (art. 1357, n. 25, al. 2); Demolombe, XXX, n. 118; Laurent, XIX, n. 498; Huc, VIII, n. 292 *in fine*: Garsonnet, *op. cit.*, 2e édit., III, § 824, p. 16. — Bastia, 20 juin 1842, P., 42. 2. 656. — V. cependant Toullier, IX, n. 76 et 80.

(4) Larombière, VI, p. 503 (art. 1347, n. 25, al. 3). — Req., 3 juillet 1850, S., 50. 1. 705, D. P., 50. 1. 210.

de particulier à dire. Qu'un acte de cette nature soit appelé à faire foi complète ou simplement à former commencement de preuve par écrit, sa date ne peut devenir certaine que par l'un des trois moyens indiqués dans l'art. 1328 (1).

2590. L'écriture suffit sans la signature. Arg. *a fortiori* art. 1331 et 1332 (2). Réciproquement, la signature suffit sans l'écriture. Arg. *a fortiori* art. 1332 (3). Telle était la doctrine de nos anciens auteurs : « Les écritures privées, qui ne sont pas signées, dit Pothier, forment contre celui qui les a écrites, un... commencement de preuve par écrit de ce qu'elles contiennent » (4). Les auteurs du Code n'ont soumis à aucune condition de forme le commencement de preuve par écrit. Ils ont donc suivi la tradition (5).

Et d'abord, disons-nous, l'écriture suffit indépendamment de la signature. Nous citerons quelques-unes des applications que la jurisprudence a faites de cette idée.

Le projet d'acte sous seing privé dans lequel le prétendu débiteur, qui l'a écrit, reconnaît l'existence de la dette alléguée, forme à son égard un commencement de preuve par écrit (6).

Un acte qu'une partie a écrit par simple annotation, mais qu'elle n'a pas signé, peut valoir, à l'encontre de cette partie, commencement de preuve de l'engagement qu'elle y a pris (7).

De même un écrit contenant promesse de vente et qui est de la main du prétendu vendeur, peut, quoique non signé

(1) Larombière, VI, p. 503 (art. 1347, n. 25, al. 3); Laurent, XIX, n. 498, al. 2. — V. *supra*, n. 2363 s.

(2) Crim. rej., 3 déc. 1818, S. chr., V. 1. 556, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4820, v° *Dépôt*, n. 132-1°. — Req., 29 juill. 1872, D. P., 74. 1. 430.

(3) Crim. rej., 14 juin 1864, D. P., 66. 5. 376 *in fine*. — Une reconnaissance de dette insérée dans un testament nul en la forme, mais signée de la personne qui s'est reconnue débitrice, vaut commencement de preuve par écrit. Trib. civ. Le Mans, 10 nov. 1891, *Droit*, 6 avril 1892.

(4) Pothier, *Oblig.*, n. 806, al. 1. — V. aussi n. 807, al. 1.

(5) Toullier, IX, n. 128; Duranton, XIII, n. 350; Marcadé, V, sur l'art. 1347, III; Poujol, *op. cit.*, III, p. 295 (sur l'art. 1347, n. 7); Mourlon, II, n. 1609; Colmet de Santerre, V, n. 320 *bis*-III; Zachariæ, § 760, note 6; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 334; Larombière, VI, p. 493 (art. 1347, n. 14); Demolombe, XXX, n. 115; Laurent, XIX, n. 496-497; Huc, VIII, n. 292 *in fine*.

(6) Req., 4 juin 1896, S., 1900. 1. 164, D. P., 96. 1. 456.

(7) Req., 7 déc. 1836, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4820-3°.

par celui-ci, être considéré comme un commencement de preuve de la vente dont on demande l'exécution (1).

A plus forte raison — la libération étant plus favorable que la créance, — la quittance écrite par le créancier lui-même, mais non signée, dont le débiteur est en possession, constitue un commencement de preuve par écrit (2).

Pareillement le corps d'écriture tracé par une personne qu'on prétend avoir abusé d'un blanc seing, peut fournir commencement de preuve de cet abus de blanc seing (3).

2590 I. Réciproquement, disons-nous, le document signé, mais non écrit par la personne à laquelle on l'oppose, peut valoir commencement de preuve par écrit (4).

Il a été jugé notamment qu'un état de répartition des sommes à distribuer aux victimes d'une calamité, signé du maire de la commune, forme à l'encontre de celui-ci un commencement de preuve permettant d'établir par témoins qu'il a détourné les sommes portées sur cet état et qui lui avaient été remises à charge pour lui d'en faire un emploi déterminé (5).

Il a été également jugé que la simple signature mise au bas d'un acte de cautionnement peut fournir un commencement de preuve par écrit permettant de déclarer que le signataire s'est obligé à titre de caution solidaire dans les termes du contrat (6).

La cour de Paris a même décidé, par un arrêt du 27 mars 1841, que le paraphe et la première lettre de la signature, demeurée incomplète par la mort instantanée de la partie, valaient un commencement de preuve des conventions contenues dans le projet d'acte sur lequel ce paraphe et cette signature partielle avaient été apposés (7).

2590 II. Mais un paraphe seul, ne constituant pas une

(1) Bordeaux, 7 mai 1834, S., 35. 2. 177, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4820-2°.
(2) *Sic* Pothier, *Oblig.*, n. 806, al. 2; Toullier, IX, n. 129 *in fine*.
(3) Riom, 30 mars 1844, S., 44. 2. 321.
(4) V. *supra*, n. 2331.
(5) Civ. rej., 2 fév. 1901, *Bull. crim.*, n. 38, D. P., 1904. 1. 102.
(6) Trib. civ. Pau, 27 fév. 1902, *Loi*, 3 juin 1902.
(7) S., 42. 2. 10, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4817. — *Sic* Larombière, VI, p. 494 (art. 1347, n. 14, dernier al.); Laurent, XIX, n. 496.

signature, même imparfaite, ne saurait former un commencement de preuve par écrit [1].

Nous en dirons autant d'une croix ou de toute autre marque apposée au lieu de signature, lors même qu'elle a été tracée en présence de témoins qui ont signé pour en attester la signification [2].

2590 m. Il est certain que, lorsque la signature du créancier a été apposée uniquement sur le timbre mobile, une quittance ne saurait faire preuve complète de la libération. Mais les juges du fait peuvent décider qu'elle constitue un commencement de preuve par écrit [3]. La solution dépendra des circonstances.

β. Authenticité de l'écrit.

2591. La personnalité de l'écrit peut aussi, même en l'absence de l'écriture et de la signature de celui à qui on l'oppose, résulter de l'authenticité de cet écrit. La cour de cassation pose le principe en ces termes dans un arrêt du 16 mars 1881 : « Attendu qu'il n'est pas nécessaire que l'acte invoqué comme commencement de preuve par écrit soit écrit ni même signé par la partie à laquelle on l'oppose ; qu'il est censé émaner d'elle lorsqu'il a été dressé à sa requête par un officier public compétent et dans la forme requise pour faire foi ». Dans l'art. 1347, le législateur ne prend certainement pas l'expression *émané* dans son acception étymologique, c'est-à-dire comme signifiant : *de la main* du demandeur (*e manu*). L'écrit émane de celui-ci dès qu'il a été dressé, sur sa réquisition ou sur celle de l'adversaire ou encore de l'initiative d'un fonctionnaire compétent, par un officier public ayant qualité pour instrumenter. Au surplus, du moment que l'acte authentique fait preuve entière des énonciations qui s'y trouvent contenues, lorsqu'elles sont complètes et claires, il

(1) *Sic* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 335 ; Larombière, VI, p. 494 (art. 1347, n. 15) ; Demolombe, XXX, n. 116. — *Contra* Huc, VIII, n. 293. — Bruxelles, 4 déc. 1879, *Pasicr.*, 81. 2. 328.

(2) V. *supra*, n. 2261 *in fine*, p. 2, texte et note 2.

(3) Req., 29 juil. 1902, S., 1905. 1. 23, D. P., 1905. 1. 324. — Nancy, 4 juil. 1905, D. P., 1906. 5. 37.

doit pouvoir former commencement de preuve de ces énonciations quand elles sont incomplètes ou obscures [1].

Il faut, toutefois, distinguer ici entre les actes notariés et les jugements ou actes du ministère du juge.

2592. Les actes notariés, non revêtus de la signature d'une partie, ne sauraient former commencement de preuve à son égard quand elle a refusé de signer. Ils ne peuvent avoir cette force que dans le cas où il lui a été impossible de signer et où les formalités destinées à y suppléer ont été remplies [2].

Il n'en est point de même quant aux jugements et actes du ministère du juge. Le refus par une partie de signer un acte judiciaire n'empêche pas que les déclarations et reconnaissances qu'il renferme puissent fournir, à l'encontre de cette partie, un commencement de preuve par écrit. La signature, en effet, n'est pas une condition de l'authenticité de ces énonciations [3].

2593. Supposons qu'un acte invoqué comme authentique, mais non signé par les parties ou par l'une d'elles, se trouve dépourvu du caractère d'authenticité, soit parce qu'il a été reçu par un officier incompétent ou incapable, soit parce qu'il est entaché d'un vice de forme. Il ne saurait valoir commencement de preuve contre celles des parties qui ne l'ont pas signé. Il en est ainsi alors même que la formalité destinée à suppléer à la signature aurait été régulièrement remplie.

En effet, suivant la remarque de Pothier, dans la première hypothèse, l'acte a été reçu, en réalité, par une personne privée, et, dans la seconde hypothèse, l'officier ne s'est pas comporté comme personne publique. Il s'ensuit que, soit dans l'une, soit dans l'autre, son attestation ne saurait « équipoller qu'à une déposition de témoins ». Rien, par conséquent, ne prouve que les déclarations contenues dans l'acte

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 334; Larombière, VI, p. 495 (art. 1347, n. 17); Demolombe, XXX, n. 119. — Req., 16 mars 1881, S., 81. 1. 311, D. P., 82. 1. 373. — V. aussi Toullier, IX, n. 67.

(2) Marcadé, V, sur l'art. 1347, III; Aubry et Rau, 4e édit., *loc. cit.*: Demolombe, XXX, n. 119; Laurent, XIX, n. 501, al. 1.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 335; Larombière, VI, p. 495 et p. 500 (art. 1347, n. 17, dern. al., et n. 22).

émanent des parties (1). Adoptant cette théorie, la cour de Nîmes, par un arrêt du 17 juin 1890, a décidé que l'acte notarié, nul comme authentique, ne vaut pas commencement de preuve par écrit contre une partie non signataire, bien qu'à l'égard de celle-ci, la formalité prescrite par l'art. 14 de la loi de ventôse ait été régulièrement remplie (2). C'est la première fois, semble-t-il, que la jurisprudence a été appelée à résoudre la question.

Au contraire, si l'acte authentique, nul comme tel, était revêtu de la signature des parties, il pourrait, ainsi que Pothier le faisait encore observer, fournir un commencement de preuve par écrit. Arg. art. 1318.

Toutefois on soulève ici la difficulté suivante. Si l'acte dont nous parlons a été dressé pour constater une convention synallagmatique et s'il n'a été signé que par l'une des parties, il ne saurait, sans doute, être opposé à l'autre. Mais, d'après un auteur, il ne pourrait même pas servir de commencement de preuve à l'encontre de la partie qui l'a signé. On fonde cette solution sur ce principe que, dans une convention synallagmatique, il doit y avoir, entre les parties, égalité de situation quant aux moyens de preuve. Les rédacteurs du Code, il est vrai, comme nous l'avons expliqué, se sont placés à ce point de vue, lorsqu'ils ont écrit la disposition de l'art. 1325 (3). Mais il ne faut point en induire l'existence d'une règle qui serait applicable hors du domaine de cette disposition. Il convient d'autant plus de s'en garder que la préoccupation, de la part du législateur, d'assurer aux deux parties, dans les contrats bilatéraux, les mêmes facilités de preuve est généralement critiquée (4). Au surplus, il est inutile d'insister sur cette controverse, car, aujourd'hui, on peut la considérer comme éteinte (5).

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 809 (édit. Dupin, I, p. 473); Merlin, *Répert.*, v° *Commencement de preuve par écrit;* Duranton, XIII, n. 352; Marcadé, V, sur l'art. 1347, II; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 336, texte et note 26; Larombière, VI, p. 496 (art. 1347, n. 19; Demolombe, XXX, n. 120; Laurent, XIX, n. 501, dern. al.

(2) D. P., 91. 2. 25.

(3) V. *supra*, n. 2290.

(4) V. *supra*, n. 2272, p. 9.

(5) *Sic* Toullier, IX, n. 87 *in fine* et n. 88; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 337,

Une autre question se pose : lorsqu'un acte authentique, nul comme tel et constatant un obligation conjointe ou solidaire, a été signé par quelques-uns des codébiteurs seulement et que les signataires prétendent n'avoir entendu s'engager que moyennant le concours des autres codébiteurs, cet acte peut-il former un commencement de preuve permettant d'établir par témoins que les signataires n'ont pas subordonné leur engagement à cette condition? A notre avis, c'est là une question de fait. Si la signature apposée par quelques-uns des codébiteurs peut rendre vraisemblable l'intention qu'ils auraient eue de s'engager seuls, elle n'a pas nécessairement cet effet. Comme les juges, en ce qui regarde l'appréciation de cette vraisemblance, ont un pouvoir souverain, il leur appartient d'admettre, suivant les cas, l'existence d'un commencement de preuve à l'appui de l'allégation du créancier (1).

2594. Comme principaux cas de déclarations ou de reconnaissances qui, étant constatées dans des jugements ou dans des actes judiciaires, peuvent produire un commencement de preuve par écrit lors même qu'elles ne sont pas signées de la partie à laquelle on les oppose, nous citerons :

1° Les aveux consignés dans un procès-verbal de conciliation dressé au bureau de paix. Un pareil procès-verbal, en effet, est revêtu d'un caractère d'authenticité (2).

Mais les prétendus aveux des parties, contenus dans un procès-verbal de non-conciliation qui n'est pas signé d'elles, ne sauraient former commencement de preuve par écrit. Le Code de procédure civile ne dit point en termes généraux comme la loi du 24 août 1790 (tit. 10, art. 3), que : « Dans

texte et note 27; Larombière, VI, p. 496-497 (art. 1347, n. 19); Laurent, XIX, n. 502; Huc, VIII, n. 227, p. 281, et n. 293, p. 371. — Douai, 12 avril 1900, D. P., 1901. 2. 139. — *Contra* Duranton, XIII, n. 352. — Cpr. Demolombe, XXX, n. 121.

(1) Larombière, VI, p. 498 (art. 1347, n. 20); Demolombe, XXX, n. 122. — Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 337, note 27 *in fine*. — Trib. de Saint-Malo, 5 août 1899, et Rennes, 1er mars 1900, joints à Req., 24 avril 1901, S., 1904. 1. 229, D. P., 1901. 1. 444. — V. *supra*, n. 2105.

(2) Bonnier, *op. cit.*, p. 168; Massé et Vergé, sur Zachariæ, III, p. 524, § 598, note 5 *in medio;* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 336, texte et note 24; Larombière, p. VI, p. 498 (art. 1347, n. 21); Demolombe, XXX, n. 123 *in fine:* Huc, VIII, n. 293, p. 371 *in fine*.

le cas où les deux parties comparaîtront devant le bureau de paix (par conséquent, même s'il n'y a pas conciliation), il (le juge de paix), dressera un procès-verbal sommaire de leurs dires, aveux ou dénégations sur les points de fait ». Il dit seulement que, dans le cas où il n'y a pas arrangement, le procès-verbal « fera sommairement mention que les parties n'ont pu s'accorder ». Art. 54 *in fine*. Et, par là, il déroge à la disposition de la loi du 24 août 1790. En effet, le projet du Code de procédure civile reproduisait cette disposition. Or elle fut retranchée par le conseil d'Etat dans la crainte que beaucoup de juges de paix ne fussent incapables de dresser procès-verbal des aveux et déclarations des parties (1). Le procès-verbal de non comparution n'a donc pas pour objet de constater authentiquement ces déclarations et aveux (2). Il s'ensuit qu'ils ne peuvent constituer un commencement de preuve par écrit que si les parties les ont signés, car leur signature seule atteste qu'ils émanent d'elles (3).

2595. 2° Les réponses ou dires quelconques relatés dans un procès-verbal d'interrogatoire sur faits et articles. Cet interrogatoire peut évidemment fournir non seulement des aveux complets, mais encore des aveux incomplets, rendant vraisemblable le fait allégué (4).

(1) V. Locré, XXI, p. 248.

(2) V. Garsonnet, *Tr. th. et prat. de proc.*, 2e édit., II, § 639, p. 400-401.

(3) Pigeau, *La proc. civ. des trib.*, 5e édit., p. 90; Thomine-Desmazures, *Comment. sur le Code de proc. civ.*, I, p. 128; Chauveau sur Carré, *Lois de la proc. civ.*, I, p. 246, quest. 228; Boncenne, *Th. de la proc. civ.*, II, p. 39; Boitard, *Leçons de proc. civ.*, I, n. 74; Bioche, *Dict. des juges de paix*, v° *Conciliation*, n. 151; Bonnier, *op. cit.*, n. 168, note 3; Duvergier sur Toullier, IX, p. 123, note; Larombière, VI, p. 499 (art. 1347, n. 21); Laurent, XIX, n. 512. — Besançon, 21 juil. 1881, S., 82. 2. 180, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Preuve*, n. 11-1°. — Cass. belge, 4 mai 1882, S., 82. 4. 29, D. P., 84. 2. 90. — *Contra* Toullier, IX, n. 119-120. — Crivelli sur Pigeau, I, p. 90, note 2; Rodière, *Compét. et procéd.*, I, p. 178; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Commencement de preuve par écrit*, n. 54; Huc, VIII, n. 293, p. 371 *in fine*.

(4) Toullier, IX, n. 116 et 125; Marcadé, V, sur l'art. 1347, III; *Diction. du notar.*, v° *Commencement de preuve par écrit*, n. 31; Rolland de Villargues, *Répert. du notar.*, v° *Commencement de preuve par écrit*, n. 52; Solon, n. 142; Pigeau, *Procédure*, I, p. 249; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n. 12; Boncenne, *Théor. de la procéd.*, I, p. 351; Chauveau sur Carré, *Lois de la procéd.*, quest. 1226; Chardon, *Dol et fraude*, I, n. 129; Massé et Vergé, sur Zachariæ, III, p. 524, § 598, note 3; Aubry et Rau, 4e édit., VIII,

Si la partie assignée à fin d'interrogatoire sur faits et articles refuse de répondre, ce refus constaté dans le procès-verbal peut former commencement de preuve par écrit. Aux termes de l'art. 330 du Code de procédure civile : « Si l'assigné ne comparaît pas ou refuse de répondre après avoir comparu, il en sera dressé procès-verbal sommaire, et les faits pourront être tenus pour avérés ». Puisque le refus de répondre peut être considéré comme un aveu complet, il peut, à plus forte raison, être considéré comme un demi-aveu (1).

p. 335; Larombière, VI, p. 498 (art. 1347, n. 21 et 22); Demolombe, XXX, n. 123; Laurent, XIX, n. 504; Garsonnet, *Tr. théor. et prat. de procéd.*, 2e édit., III, § 824, p. 14; Huc, VIII, n. 293, p. 372; Planiol, II, 1re édit., n. 1166, al. 4, 2e et 3e édit., n. 1124, al. 4. — Liège, 18 août 1810 et 19 fév. 1812, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.* n. 4763-1°. — Civ. rej., 6 nov. 1818, S. chr., V. 1. 541, D., *op. cit., ibid.* — Amiens, 23 nov. 1822, D., *op. cit., ibid.* — Req., 15 juin 1824, D., *op. cit., ibid.* — Req., 11 janv. 1827, S. chr., VIII. 1. 500, D., *op. cit., ibid.* — Civ. rej., 18 juil. 1827, S. chr., VIII. 1. 643, D., *op. cit., ibid.* — Bordeaux, 29 nov. 1828, S. chr., IX. 2. 162, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4763-1°, 4943-2°. — Req., 7 déc. 1831, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4763-1°. — Bordeaux. 6 avril 1832, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4763-1°, 4765-1°. — Req., 22 août 1832, S., 32. 1. 572. — Bourges, 27 avril 1833, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4763-3°. — Orléans, 13 mars 1835, S., 36. 2. 531, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4763-1°, et v° *Vente*, n. 1072. — Req., 19 mars 1835, S., 35. 1. 392; 6 avril 1836, S., 36. 1. 747. — Paris, 26 nov. 1836, S., 37. 2. 34. — Req., 19 juin 1839, S., 39. 1. 462; 15 mars 1843, S., 43. 1. 684. — Bordeaux, 24 déc. 1844, P., 45. 1. 570. — Req., 31 mai 1848, S., 48. 1. 427, D. P., 48. 1. 209. — Paris, 22 janv. 1850, P., 50. 2. 587, D. P., 50. 2. 27. — Req., 8 mars 1852, S., 52. 1. 393, D. P., 52. 1. 73. — Gand, 26 mars 1852, D. P., 52. 5. 446. — Req., 14 juil. 1856, D. P., 56. 1. 465. — Civ. rej., 31 mai 1858 (motifs), D. P., 59. 1. 178. — Angers, 15 mars 1865, S., 65. 2. 292, D. P., 65. 1. 120. — Req., 14 janv. 1868, S., 68. 1. 292, D. P., 68. 1. 171. — Aix, 25 janv. 1871, S., 71. 2. 264, D. P., 71. 2. 52; 2 janv. 1872, S., 72. 1. 129, D. P., 72. 1. 119. — Paris, 13 juin 1872, S., 74. 2. 37, D. P., 73. 2. 169. — Orléans, 17 juin 1875, D. P., 77. 2. 177. — Rennes, 26 fév. 1879, S., 80. 2. 214, D. P., 80. 2. 91. — Lyon, 8 mai 1879, D. P., 81. 2. 26. — Req., 1er déc. 1880, S., 81. 1. 357, D. P., 81. 1. 255. — Besançon, 29 juin 1892, D. P., 93. 2. 255. — Turin, 28 déc. 1896, D. P., 98. 2. 398. — Amiens, 14 déc. 1899, *Rec. d'Amiens*, 1899, 198. — Req., 14 fév. 1900, S., 1901. 1. 11, D. P., 1900. 1. 287. — Paris, 1er août 1903, D. P., 1904. 2. 345, *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 611. — Peu importe que l'interrogatoire sur faits et articles ne soit pas signé de la partie. Req., 15 mars 1843, précité. — Peu importe même qu'elle ait refusé de le signer. Civ. rej., 6 nov. 1818, précité.

(1) Toullier, IX, n. 117; Rolland de Villargues, *op.* et v° *cit.*, n. 53; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 343, texte et note 57; Larombière, VI, p. 513 (art. 1347, n. 32, al. 2); Demolombe, XXX, n. 125; Laurent, XIX, n. 505. — Rouen, 8 avril 1824, joint à Req., 11 janv. 1827, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4774, 4763-1°. — Bourges, 30 avril 1838, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4774. — Rouen, 13 mai 1868, S., 72. 2. 101, P., 72. 479. — Bordeaux, 7 janv. 1890, *Journ. des Arrêts de Bordeaux*, 90. 1. 182.

Il faut même logiquement aller jusqu'à dire que, si la partie assignée à fin d'interrogatoire ne comparaît pas, le juge peut trouver un commencement de preuve par écrit dans la constatation de ce défaut de comparaître, faite dans le procès-verbal. En effet, la non comparution est placée par l'art. 330 du Code de procédure sur la même ligne que le refus de répondre. Elle doit, par conséquent, elle aussi, être susceptible de produire un commencement de preuve par écrit (1).

2596. 3° Les déclarations faites lors d'une comparution personnelle des parties à l'audience (2).

Il n'est point nécessaire que, sur acte requis et octroyé, elles aient été constatées par un procès-verbal régulier, avant le jugement rendu. La loi n'exige pas cette condition. Il suffit qu'elles aient été consignées dans les motifs ou dans les qualités de ce jugement (3).

(1) *Sic* Demolombe, XXX, n. 126 ; Larombière, Laurent, *loc. cit.* — Trib. civ. Seine, 19 fév. 1907, D. P., 1907. 5. 44. — *Contra* Sebire et Carteret, *Encycl. du dr.*, v° *Commencement de preuve par écrit*, n. 29.

(2) Req., 7 mars 1843, S., 43. 1. 285, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4766-3° ; 22 août 1864, S., 64. 1. 449. — Montpellier, 8 fév. 1876, S., 76. 2. 295. — Civ. rej., 5 mars 1895, S., 95. 1. 456, D. P., 95. 1. 236 ; 18 déc. 1899 (motifs) S., 1900. 1. 328. D. P., 1900. 1. 552. — Req., 4 nov. 1901, D. P., 1901. 1. 528. — V. dans le même sens, Huc, VIII, n. 293, p. 371, et les auteurs cités à la note suivante. — Cpr. Req., 26 juil. 1865, S., 65. 1. 405 ; 29 déc. 1879, S., 81. 1. 127, D. P., 80. 1. 375. — Poitiers, 25 avril 1883, S., 84. 2. 78, D. P., 84. 2. 47. — Req., 19 oct. 1885, S., 86. 1. 128. — Quand le procès-verbal de comparution a été signé par la partie à laquelle on l'oppose, il y a évidemment une raison de plus pour se prononcer en notre sens. — Rennes, 26 fév. 1879, D. P., 80. 2. 91.

(3) *Sic* Bonnier, Larombière, Demolombe, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 335, texte et note 23 ; ces derniers auteurs, dans leurs trois premières éditions avaient adopté l'opinion contraire. — Req., 29 nov. 1842, S., 43. 1. 241, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4768 ; 24 juin 1878, S., 80. 1. 205. Le second de ces arrêts est le plus intéressant au point de vue doctrinal. Il porte notamment « que la loi n'ayant exigé ni la rédaction d'un procès-verbal de la comparution, ni un jugement spécial préalable, donnant acte des réponses, il suffit qu'elles soient constatées et précisées... par le jugement qui admet la preuve testimoniale, pour qu'elles aient toute la portée de réponses qui auraient été recueillies dans un interrogatoire sur faits et articles, toute la valeur d'un écrit émané de la partie ». — V. aussi Civ. rej., 17 janv. 1865, S., 65. 1. 169. — *Contra* Toullier, IX, n. 127; Devilleneuve, *Observations*, S., 43. 1. 241 ; Lafontaine, *Dissertation, Revue crit.*, 1858, XIII, p. 558. — Montpellier, 5 juin 1839, P., 39. 2. 611, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4767-2°. — Colmar, 15 mars 1843, S., 43. 2. 373, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4765-2°, *Louage*, n. 142-3°. — Cpr. Lyon, 22 nov. 1851, S., 55. 2. 44. Cette décision ne nous paraît pas avoir la portée qu'on lui attribue en général. En

2596 I. Les déclarations des parties peuvent fournir un commencement de preuve par écrit même lorsque la comparution a eu lieu en chambre du conseil. On a soutenu le contraire en disant qu'il ne s'agit pas alors d'un mode légal d'instruction, mais d'une manière de procéder qui ne présente pas des garanties suffisantes. Mais le Code de procédure ne prescrit, en ce qui regarde la comparution personnelle, que la fixation du jour où elle aura lieu. Il n'exige point qu'il y soit procédé en audience publique. Art. 119 (1). Il n'y a donc pas de raison pour que le procès-verbal ne puisse pas contenir un commencement de preuve quand les parties ont comparu en chambre du conseil (2).

voici le passage principal : « Si la jurisprudence admet, comme équivalent à un commencement de preuve par écrit, les déclarations personnelles des parties, elle ne peut attacher une telle valeur qu'aux déclarations dont les termes ont été recueillis et constatés, et non à des déclarations que le tribunal dit vaguement avoir été faites à son audience, *sans en retracer ni le sens, ni les termes, et sans permettre, par conséquent, au juge supérieur d'en apprécier le caractère* ». — L'arrêt précité de la cour de Poitiers, du 25 avril 1883, décide que les déclarations faites par l'une des parties lors d'une comparution personnelle devant le tribunal, comparution « dont il a été tenu note écrite et authentique », peuvent constituer un commencement de preuve par écrit. Mais il ne s'ensuit point que, d'après la cour, la circonstance relevée par elle soit indispensable pour l'existence d'un commencement de preuve par écrit. — Laurent n'admet pas que les aveux consignés dans les qualités du jugement puissent être considérés comme un commencement de preuve par écrit, les qualités étant rédigées par un avoué, XIX, n. 511, al. 2. — Jugé qu'on ne saurait voir un commencement de preuve par écrit dans les notes tenues par le greffier pour constater les réponses d'une partie, lors de sa comparution à l'audience, ces notes ne pouvant pas remplacer un procès-verbal régulier d'interrogatoire sur faits et articles ni même de comparution personnelle, bien que le tribunal les déclare rédigées conformément à ses souvenirs. — Amiens, 22 janv. 1878, S., 78. 2. 213, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Preuve*, n. 11-5°. — V. aussi Bordeaux, 4 fév. 1897, *Journ. des Arrêts de Bordeaux*, 1898. 1. 73.

(1) Civ. cass., 11 mars 1879, S., 79. 1. 346, D. P., 79. 1. 272 : « Attendu, dit la cour suprême, qu'aux termes de l'art. 119 susvisé, les tribunaux peuvent ordonner la comparution des parties en personne ; que cet article ne prescrit d'autre formalité que celle de la fixation du jour où elle aura lieu, et que l'obligation d'y procéder en audience publique n'y est point énoncée ; qu'on ne saurait appliquer à un simple mode d'instruction le principe de la publicité des plaidoiries et des jugements ; qu'il est donc permis aux juges d'ordonner la comparution des parties en la chambre du conseil, s'il leur paraît, d'après les circonstances et la nature de la cause, que ce mode de procéder doive conduire plus sûrement à la manifestation de la vérité ».

(2) *Sic* Nîmes, 9 janv. 1861, S., 61. 2. 267, D. P., 61. 5. 383. — *Contra* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 335, note 22. — Lyon, 9 avril 1862, S., 63. 2. 104, D.,

2597. 4° Les interrogatoires subis en matière criminelle ou correctionnelle devant un juge d'instruction [1].

Mais les aveux faits devant une cour d'assises ou devant un tribunal de police correctionnelle ne sauraient valoir commencement de preuve par écrit, lorsqu'ils ne sont constatés que par les notes sommaires du greffier. Ces notes, en effet, sont dépourvues de tout caractère d'authenticité : « Attendu, dit la cour de cassation, dans un arrêt du 17 juillet 1841, que cette pièce n'étant ni lue, ni signée par le magistrat, ni relue au prévenu, ni signée par lui, n'étant soumise à aucune sorte de contrôle, et n'offrant d'autre garantie de sa véracité et de son exactitude que la mémoire et le discernement du greffier, qui la rédige seul, ne saurait être assimilée ni aux interrogatoires devant le juge d'instruction, rédigés d'après l'art. 76 C. instr. crim., ni aux interrogatoires sur faits et articles subis en matière civile; — Attendu que, d'après l'art. 1347 C. civ., on appelle commencement de preuve par écrit tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande

Répert. alph., v° *Preuve*, n. 14. On lit dans cette dernière décision : « Que si une jurisprudence analogue a pu voir un commencement de preuve par écrit dans une comparution à l'audience, lorsqu'il est donné acte du dire de l'une des parties, il s'agit encore ici d'un mode légal d'instruction; — Qu'on ne peut en dire autant d'une comparution dans la chambre du conseil; qu'il n'y a pas à rechercher si, au point de vue moral, un semblable mode offre plus ou moins de garanties à raison du caractère des magistrats; qu'il suffit, au point de vue légal, que ce ne soit pas celui auquel une jurisprudence d'ailleurs critiquable a permis de voir un commencement de preuve par écrit, pour qu'on doive se garder d'une extension nouvelle; — Attendu que vainement on objecte que, dans la cause, les parties étaient assistées de leurs défenseurs lors de la comparution à la chambre du conseil, et que le greffier aurait retenu les réponses des parties; — Qu'il y aurait eu alors une audience sans publicité; que le greffier ne pouvait avoir là aucune fonction régulière à remplir ».

[1] Bonnier, *op. cit.*, p. 145 *in fine*; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 336; Larombière, VI, p. 499 (art. 1347, n. 21); Demolombe, XXX, n. 123; Laurent, XIX, n. 513; Huc, VIII, n. 293, p. 372. — Crim. rej., 21 janv. 1843, S., 43. 1. 660, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4770-1°. — Angers, 1er juill. 1850, S., 50. 2. 476. — Crim. rej., 22 avril 1854, S., 54. 1. 401, D. P., 54. 5. 5; 8 fév. 1862, D. P., 63. 5. 300. — Bordeaux, 2 mars 1871, S., 71. 2. 221. — Crim. rej., 19 déc. 1884, D. P., 85. 1. 427. — Limoges, 26 fév. 1885, S., 86. 2. 43. — Cass. belge, 31 oct. 1887, *Pasicr.*, 88. 1. 10. — Orléans, 7 nov. 1888, S., 90. 2. 91. — Crim. rej., 8 déc. 1893, D. P., 97. 1. 266. — Chambéry, 22 janv. 1903, D. P., 1905. 2. 287. — V. aussi Crim. rej., 28 oct. 1898, S., 1900. 1. 250. — Il n'est pas nécessaire que l'interrogatoire soit signé du prévenu. Civ. rej., 22 avril 1854, précité.

est formée et qui rend vraisemblable le fait allégué ; — Attendu qu'on ne peut attribuer ce caractère à un écrit qui n'est pas émané du prévenu, dont il n'a pu contrôler la teneur, qu'il n'a ni vu, ni signé, et qui est l'ouvrage d'un officier à qui la loi n'a pas donné de mission spéciale à cet effet » (1).

2597 I. Le refus de répondre ne peut constituer un commencement de preuve par écrit que si le juge qui adresse les interpellations a pouvoir à cet effet (2).

On ne saurait donc voir un commencement de preuve de cette nature dans le refus de répondre, au bureau de conciliation, aux questions posées par le juge de paix ou par l'adversaire ; dans ce cas, le juge de paix, siégeant comme juge conciliateur, n'a pas qualité pour interroger les parties sur le fond du débat, et, s'il ne parvient pas à les mettre d'accord, il doit se borner à rédiger sommairement un procès-verbal de non conciliation. Art. 54 C. pr. civ. Ici, aux yeux du législateur, le refus de répondre n'est qu'un refus de se concilier, et, par suite, il ne rend vraisemblables en aucune mesure les allégations de l'adversaire (3).

On peut, d'ailleurs, invoquer en ce sens un argument *a fortiori* déduit de la solution que nous avons donnée ci-dessus, dans le numéro 2594 *in fine*.

(1) Bonnier, *op. cit.*, p. 146 ; Aubry et Rau, VIII, 4e édit., p. 336, note 25 ; Larombière, VI, p. 499 *in fine* (art. 1347, n. 21) ; Laurent, XIX, n. 514 ; Faustin-Hélie, *Tr. de l'inst. crim.*, VI, n. 2896, p. 628 ; Blanche, *Etudes prat. sur le Code pénal*, 2e édit., VI, n. 275 ; Garraud, *Tr. th. et prat. du dr. pén. franç.*, V, n. 335. — Crim. cass., 17 juill. 1841, S., 41. 1. 779, D., *Répert. alph.*, vo *Oblig.*, n. 4771-1o. — V. aussi Crim. rej., 23 sept. 1853, S., 54. 1. 213, D. P., 54. 1. 45. — V. cep. Toulouse, 16 juin 1897, S., 98. 2. 137. — Jugé également que l'aveu d'une dette, fait dans l'interrogatoire subi à l'audience publique du tribunal de police correctionnelle par un individu poursuivi pour un délit, forme un commencement de preuve par écrit, lorsque cet interrogatoire, « dressé par le greffier, exclusivement dépositaire et rédacteur des déclarations qui se font à l'audience, est rapporté, non pas par fragments ou extraits, mais dans son intégralité ». Bastia, 6 mars 1833, S., 33. 2. 228, D., *Répert. alph.*, vo *Oblig.*, n. 4771.

(2) Larombière, VI, p. 513 (art. 1347, n. 32, al. 3). — Cf. *supra*, n. 2595, al. 2 et 3.

(3) Larombière, *loc. cit.* — V. cep. en sens contraire Req., 9 fév. 1808, D., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 4777 et 4943-1o. — Rennes, 24 fév. 1819, D., *op. et* vo *cit.*, n. 4945-1o.

γ. Du cas où la partie s'est approprié l'écrit qu'on lui oppose.

2598. On admet généralement que le contenu d'un écrit qui n'émane pas de la partie peut néanmoins constituer, à l'encontre de celle-ci, un commencement de preuve quand elle se l'est rendu propre par une acceptation. Dans ce cas, dit-on, il peut être considéré comme émané d'elle (1).

Au cas d'acceptation écrite, il ne saurait y avoir de difficulté. Si la partie a déclaré formellement que les énonciations qui lui étaient d'abord étrangères doivent être tenues désormais pour son œuvre ou si elle a revêtu l'écrit de sa signature, il vaut évidemment commencement de preuve. On peut même dire que la condition dont nous traitons est alors matériellement remplie, car, dans cette hypothèse, le commencement de preuve consiste dans l'écriture de l'approbation ou dans la signature apposée par la partie.

2598 I. Mais la question devient délicate si l'on suppose une acceptation tacite. Merlin s'exprime ainsi : « Par l'usage que la partie a fait des écrits dans son intérêt, elle se les est rendus propres, et il n'y a dès lors aucune raison pour qu'on ne les assimile pas à des écrits émanés d'elle » (2). Puis il cite, à l'appui de son opinion, un arrêt de la cour de Bruxelles, du 15 février 1825 (3). Laurent enseigne également cette doctrine : « Celui qui produit une pièce dans son intérêt, dit-il, se l'approprie ; dès lors, on peut l'invoquer contre lui » (4). Et, à son tour, il cite l'arrêt sus-indiqué (5).

(1) « Il faut d'abord, disent Aubry et Rau, que le contenu de cet écrit soit, moralement et juridiquement parlant, l'œuvre de cette personne, c'est-à-dire que celle-ci soit l'auteur des dispositions ou déclarations qu'il renferme, *ou que du moins elle se les soit rendues propres par une acceptation expresse ou tacite* », 4e édit., VIII, p. 332 *in fine*. — Laurent pose le même principe : « L'acte, dit-il, est encore considéré comme l'œuvre d'une personne quand elle se l'est approprié par un consentement exprès ou tacite », XIX, n. 494. — V. aussi Demolombe, XXX, n. 132.

(2) *Quest. de dr.*, v° *Commencement de preuve par écrit*, n. 1.

(3) *Pasicrisie*, 1825, p. 316, S. chr., VIII. 2. 29, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4794-2°.

(4) XIX, n. 495. — V. aussi Thiry, III, n. 157, p. 187.

(5) Il cite également un arrêt de la cour de cassation belge du 12 août 1841. *Pasicrisie*, 42. 1. 12, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4794-1°. Mais cette décision nous paraît relative à un cas d'acceptation expresse.

Mais, par deux arrêts du 6 janvier 1891, la chambre civile a formulé, dans cet ordre d'idées, une proposition de la plus haute importance : « Vu l'art. 1347 C. civ. : Attendu qu'il résulte de cet article que, pour valoir commencement de preuve par écrit, l'écrit invoqué dans ce but doit être *personnel* à celui à qui on l'oppose, soit qu'il émane de lui, soit qu'il émane de ceux qu'il représente ou de ceux qui l'ont représenté ; que, si ce caractère de *personnalité* vient à manquer, il n'y a plus qu'un écrit émané d'un tiers, et que cet écrit, n'ayant d'autre valeur qu'un simple témoignage, ne peut pas plus être opposé à la partie que la preuve testimoniale elle-même, dans le cas où cette preuve est interdite par la loi ; *qu'il importe peu même que l'écrit ait été produit au procès par la partie contre laquelle on le retorque et qu'elle en ait fait usage à son profit ; que l'une et l'autre circonstances ne sauraient, à défaut d'une acceptation expresse de l'écrit, le faire considérer comme émané de la partie elle-même et comme lui étant devenu propre* ». Puis, après avoir indiqué les éléments de fait qui servent de base à l'arrêt de la cour d'appel, la chambre civile fait observer que la déclaration de cet arrêt « ne saurait avoir la valeur d'une *constatation d'acceptation expresse* » (1). On voit que la cour suprême s'est montrée plus exigeante que les auteurs cités plus haut. C'est qu'elle a voulu, sans doute, réagir contre la tendance, que certains tribunaux ont manifestée, d'éluder la disposition de l'art. 1347, en admettant trop facilement l'appropriation, par l'une des parties, d'un écrit émanant d'une autre personne.

Cette tendance apparaît notamment dans un arrêt de la cour de Pau, du 6 mai 1879. D'après cet arrêt, les registres publics d'un haras constatant que le possesseur d'une jument l'a présentée à la saillie au nom d'un tiers, peuvent être invoqués par ce tiers à titre de commencement de preuve par écrit à l'appui d'une action en revendication exercée par lui contre le possesseur, alors que ce dernier a reçu un extrait de ces registres sous forme de carte et l'a accepté sans pro-

(1) S., 91. 1. 69, D. P., 91. 1. 57.

testation (1). Cette décision n'est pas motivée en droit, mais on ne voit pas comment elle pourrait avoir une base autre que cette idée qu'un écrit doit être considéré comme émané d'une personne quand cette personne se l'est rendu propre par une acceptation tacite.

Cette décision nous paraît fort critiquable. A notre avis, de ce que le possesseur n'avait pas protesté en recevant la carte ou même de ce qu'il en avait fait usage, il ne résultait point qu'il eût approuvé la mention du nom de propriétaire. Il pouvait estimer que cette mention, n'étant pas invoquée dans ses rapports avec le futur revendiquant, n'était de nature à lui préjudicier en aucune mesure et que, par suite, il était indifférent que la carte portât le nom d'un tiers. L'exposé des faits, tel qu'il est présenté par l'arrêt, nous donne à penser qu'il existait des présomptions défavorables au possesseur; mais on ne pouvait pas puiser dans les circonstances de la cause un commencement de preuve (2).

Nous n'osons pas aller aussi loin que le fait la cour de cassation dans les deux arrêts précités du 6 janvier 1891. Mais nous ne saurions nous étonner de sa préoccupation. Une partie ne s'approprie pas le contenu d'un écrit dès lors qu'elle fait de celui-ci un usage quelconque. Les juges doivent examiner avec le plus grand soin si vraiment l'usage qu'elle en a fait suppose nécessairement que les énonciations renfermées dans cet écrit lui sont devenues propres. Telle est probablement, d'ailleurs, la véritable pensée de la cour suprême (3).

2599. Après avoir posé en principe que, si l'écrit invoqué

(1) Le demandeur prétendait que la possession du défendeur était précaire comme procédant d'un contrat en vertu duquel ce dernier était tenu à restitution, S., 81. 2. 67, D. P., 80. 2. 197.

(2) V. *supra*, n. 2582.

(3) La cour de cassation, dans les deux arrêts précités du 6 janv. 1891, relève cette circonstance, constatée dans les qualités des arrêts attaqués, que la partie, tout en produisant l'écrit, n'avait cessé de contester dans ses conclusions le caractère de commencement de preuve que son adversaire voulait attribuer à ce document. — Il résulte d'un arrêt de la chambre des requêtes, du 8 août 1860, que, lorsqu'une partie admet un écrit émané de son adversaire, notamment un livre de commerce de ce dernier, cet écrit peut être considéré comme émané d'elle dans le sens de l'art. 1347, S., 61. 1. 535, D. P., 60. 1. 497.

à titre de commencement de preuve n'émane pas de la partie à laquelle on l'oppose, il faut, du moins, qu'elle se le soit approprié, Aubry et Rau ajoutent : « On doit en conclure qu'un acte notarié ne peut, en général, former contre le notaire qui l'a reçu un commencement de preuve par écrit des faits constatés ou énoncés dans cet acte ». En se prononçant ainsi, les savants auteurs adoptent la solution donnée par un arrêt de la cour de Bordeaux, du 14 février 1832. Dans cet arrêt, la cour fait observer que le notaire est le « simple rédacteur » des actes par lui dressés : « qu'il est étranger aux faits qu'ils contiennent » ; que ces actes ne peuvent donc pas être considérés comme émanés de lui (1). Aubry et Rau reproduisent ce motif; mais, s'inspirant d'un arrêt de la chambre des requêtes, du 4 avril 1838 (2), ils prennent le soin de limiter leur première proposition en disant qu' « il pourrait cependant en être autrement, s'il s'agissait d'énonciations relatives à des faits qui supposent le concours personnel du notaire, tels, par exemple, qu'un dépôt de fonds à effectuer entre ses mains » (3).

Cette dernière décision est évidemment fondée ; il ne saurait exister le moindre doute à son sujet. Mais la proposition qui la précède nous paraît très contestable. Par cela seul que l'acte renferme des énonciations rendant vraisemblable, au préjudice du notaire qui l'a reçu, soit l'existence d'une obligation, soit l'extinction d'un droit, il peut être considéré, au point de vue de l'application de l'art. 1347, comme émané de cet officier public. Le notaire, en effet, pouvait, dans ce cas, refuser de prêter son ministère, et, par conséquent, s'il a rédigé l'acte, du moins sans protestation ni réserve, ce fait peut être interprété comme un aveu de sa part (4).

A plus forte raison les déclarations contenues dans un acte authentique et contraires aux droits des témoins qui ont figuré à la passation de cet acte, peuvent être considérées comme

(1) S., 32. 2. 292, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4785.
(2) S., 38. 1. 732, D., *op. cit.*, v° *Jugement*, n. 1003-8°
(3) VIII, p. 332 *in fine*, et p. 333, texte et note 9. — V. dans le même sens Laurent, XIX, n. 493.
(4) Larombière, VI, p. 491 (art. 1347, n. 12); Demolombe, XXX, n. 132.

émanées de ces témoins, car ceux-ci, à la différence du notaire, n'étaient même pas tenus en principe de prêter leur concours (1).

2° *Ecrit émané de l'auteur de la personne à laquelle on l'oppose.*

2600. A l'écrit émané de la partie à laquelle on l'oppose, le législateur assimile l'écrit émané de celui que cette partie représente. Ce n'est là qu'une application du droit commun.

Il va sans dire que l'écrit émané d'une personne est opposable à ses héritiers et successeurs universels. Les uns et les autres succèdent aux droits et obligations du défunt. Les preuves qui étaient admissibles contre lui doivent l'être également contre eux. L'écrit qui valait commencement de preuve à l'égard du défunt, a, par conséquent, la même force à l'encontre de ses héritiers et successeurs universels.

2601. Lorsque les créanciers exercent les droits et actions de leur débiteur en vertu de l'art. **1166**, l'écrit émané de celui-ci peut former commencement de preuve à leur égard absolument dans les mêmes conditions que s'il était opposé au débiteur lui-même (2). Mais, lorsqu'ils font valoir un droit qui leur est propre, notamment lorsqu'ils intentent l'action paulienne, un pareil écrit ne peut, du moins en principe (3), être invoqué contre eux que s'il a reçu date certaine conformément à l'art. **1328**. Dans ce dernier cas, en effet, ils ont la qualité de tiers (4).

Cette condition est encore nécessaire pour qu'un écrit puisse produire un commencement de preuve à l'égard des ayants cause à titre particulier de la personne de laquelle il émane, par exemple à l'égard d'un acheteur ou d'un donataire de cette personne (5), les ayants cause à titre particulier sont également des tiers (6).

(1) Laurent, XIX, n. 494.

(2) Larombière, VI, p. 488 (art. 1347, n. 7, al. 2); Demolombe, XXX, n. 133; Laurent, XIX, n. 516. — V. *supra*, n. 2358.

(3) V. *supra*, n. 2373 s.

(4) V. *supra*, n. 2359-2361.

(5) Cpr. Mourlon, II, n. 1609, al. 3 *in fine*; Demolombe, XXX, n. 133. — V. cependant Laurent, XIX, n. 517.

(6) V. *supra*, n. 2355.

Il a été jugé avec raison qu'un acte sous seing privé qui ne se trouve pas dans un des trois cas prévus par l'art. 1328, ne saurait constituer à l'encontre des tiers un commencement de preuve de sa date (1).

Mais il a été jugé également que les quittances de loyers délivrées sous seing privé par le saisi peuvent, au contraire, être opposées comme commencement de preuve par écrit à l'adjudicataire, encore qu'elles n'aient pas date certaine avant l'adjudication (2). Les motifs donnés par la cour de Turin à l'appui de cette décision sont peu juridiques ; mais la solution ne saurait être critiquée si l'on admet avec la jurisprudence que les quittances ne sont pas régies par la disposition de l'art. 1328 (3).

3° Ecrit émané du représentant de la personne à laquelle il est opposé.

2602. Cette troisième hypothèse, nous l'avons dit, n'est pas prévue par l'art. 1347. Elle ne saurait cependant faire difficulté. Comme la précédente, elle n'est qu'une application du droit commun. Que le mandat soit conventionnel ou légal, le mandant est représenté par le mandataire ; donc l'écrit émané de celui-ci est réputé émané de celui-là et, par suite, lui est opposable (4).

Faisons quelques applications de ce principe :

(1) Rennes, 21 août 1851, D. P., 54. 5. 596.

(2) Turin, 26 fév. 1812, S. chr., IV. 1. 45, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4808, 3948.

(3) V. *supra*, n. 2378.

(4) Bonnier, *op. cit.*, n. 167; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, § 598, note 5, p. 524; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 337; Larombière, VI, p. 488 (art. 1347, n. 7); Demolombe, XXX, n. 134; Laurent, XIX, n. 492, al. 2, et n. 518; Arntz, III, n. 391; Huc, VIII, n. 293, p. 373; Planiol, II, 1re édit., n. 1168, al. 3, 2e et 3e édit., n. 1124, n. 3. — Riom, 10 juin 1817, S. chr., V. 2. 289, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4796-1°. — Civ. rej., 7 mars 1831, S., 31. 1. 219, D., *op. cit.*, v° *Conciliation*, n. 365. — Req., 16 juin 1890, S., 90. 1. 385, D. P., 91. 1. 97. — Nancy, 4 mars 1893, S., 93. 2. 173, D. P., 93. 2. 288. — Lorsqu'un immeuble indivis a été géré par un tiers agissant dans l'intérêt commun et comme mandataire de tous les communistes, les comptes tenus par ce tiers peuvent former un commencement de preuve par écrit opposable par l'un des communistes à ces co-indivisaires, la qualité de mandataire de celui qui invoque l'écrit n'étant pas inconciliable avec la qualité de mandataire de celui à qui l'écrit est opposé. Req., 13 juin 1898, S., 99. 1. 133, D. P., 99. 1. 24, *Pand. franç.*, 99. 1. 166.

1° Les déclarations contenues dans une requête (1) ou dans des conclusions (2) signées par un avoué, doivent, du moins jusqu'à désaveu, être considérées comme émanées de la partie au nom de laquelle ces actes ont été signifiés, et, par conséquent, elles peuvent fournir, à l'égard de cette partie, un commencement de preuve par écrit (3).

Nous en dirons autant soit des énonciations relatives à l'existence d'un acte et insérées dans les qualités d'un jugement (4), soit d'une production dans un ordre (5).

La cour de Bordeaux a même décidé, par un arrêt du 24 février 1892, qu'une mention figurant sur les livres d'un avoué peut être considérée comme émanée de son client, puisqu'elle est l'œuvre du mandataire légal de celui-ci (6).

Mais il nous paraît très douteux qu'un avoué agisse comme mandataire lorsqu'il inscrit sur ses registres la mention d'un paiement reçu ou effectué pour le compte de son client.

Pareillement peut former un commencement de preuve par écrit la copie d'un acte sous seing privé, dont l'original ne peut plus être produit, lorsque cette copie a été insérée dans un exploit d'huissier, signifié à l'une des parties, à la requête de l'autre (7).

2° L'écrit émané du tuteur depuis l'ouverture de la tutelle et dans les limites de son administration peut être opposé au pupille (8).

3° De même, lorsque, d'après les conventions matrimonia-

(1) Bordeaux, 18 janv. 1839, S., 39. 2. 261, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4801 et v° *Avoué*, n. 147. — Bruxelles, 4 juin 1830, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4758-3°. — Paris, 14 juin 1843, S., 43. 2. 336, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4801-2°.

(2) Req., 5 mai 1879, D. P., 79. 1. 463; 9 fév. 1880, S., 80. 1. 200, D. P., 81. 1. 373; 18 déc. 1895, S., 96. 1. 164, D. P., 96. 1. 134. — Poitiers, 21 nov. 1898, S., 99. 2. 72, D. P., 99. 2. 24. — Req., 4 nov. 1901, S., 1902. 1. 16, D. P., 1901. 1. 528.

(3) Toullier, IX, n. 126; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 337 *in fine;* Larombière, VI, p. 489 (art. 1347, n. 4); Demolombe, XXX, n. 134; Laurent, XIX, n. 519.

(4) Req., 7 juill. 1840, S., 40. 1. 777, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4769-1°.

(5) Crim. rej., 5 janv. 1883, S., 85. 1. 405, D. P., 83. 1. 366.

(6) S., 94. 2. 127, D. P., 93. 2. 181.

(7) Req., 16 juin 1890, précité.

(8) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 338; Larombière, VI, p. 488 (art. 1347, n. 7, al. 3); Demolombe, XXX, n. 135; Laurent, XIX, n. 521. — Civ. rej., 23 nov. 1869, S., 70. 1. 59, D. P., 70. 1. 24.

les, le mari doit être considéré comme le mandataire de sa femme, l'écrit émané de lui peut constituer un commencement de preuve à l'égard de cette dernière (1).

4° Les livres ou registres émanés d'un notaire ou d'un banquier ayant agi en qualité de mandataire d'une partie, sont opposables à celles-ci (2).

5° Les mêmes livres ou registres peuvent également constituer un commencement de preuve à l'encontre du notaire ou du banquier, bien qu'ils aient été tenus par un clerc ou par un commis. C'est qu'en effet ils doivent alors être considérés comme ayant été tenus conformément aux instructions et sous la surveillance du banquier ou du notaire (3).

6° Les lettres missives écrites par un architecte à l'adversaire de son client peuvent, eu égard aux circonstances, être considérées à bon droit comme émanant du représentant de ce dernier et comme formant un commencement de preuve par écrit (4).

2603. Mais on ne saurait opposer à une personne, comme un commencement de preuve, un écrit émané d'un tiers qui n'est ni son auteur, ni son mandataire (5). Peu importe qu'il existe un lien d'intérêt entre elle et ce tiers.

Nous en déduirons plusieurs conséquences :

1° On n'est pas autorisé à puiser un commencement de preuve, à l'égard de la femme séparée de biens, dans l'écrit émané de son mari, lors même que celui-ci a agi pour le compte de celle-là, en qualité de gérant d'affaires (6).

(1) Larombière, Laurent, *loc. cit.;* Demolombe, XXX, n. 135, dern. al.

(2) Larombière, Demolombe, *loc. cit.;* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 338; Laurent, XIX, n. 520. — Req., 10 août 1840, S., 40. 1. 875, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4796-2°. — V. aussi Toulouse, 25 nov. 1831, S., 34. 2. 524, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4788.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., *loc. cit.;* Laurent, XIX, n. 499. — Req., 11 juin 1872, S., 72. 1. 261, D. P., 72. 1. 464.

(4) Req., 19 déc. 1904, S., 1907. 1. 21, D. P., 1906. 1. 349.

(5) Jugé que la lettre écrite par le représentant d'une compagnie qui exploite une ligne de chemin de fer, ne peut pas former un commencement de preuve par écrit à l'encontre de la compagnie propriétaire de cette ligne. Paris, 29 nov. 1892, D. P., 93. 2. 473.

(6) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 338; Larombière, VI, p. 189 (art. 1347, n. 8); Demolombe, XXX, n. 136. — Civ. cass., 8 déc., 1834, S., 35. 1. 444, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4804, et v° *Vente*, n. 771. — Toutes les fois qu'il s'agit d'actes

2° Pareillement l'écrit par lequel une femme commune en biens a reconnu une dette de la communauté ne vaut pas commencement de preuve contre les héritiers du mari (1).

3° Il en est de même de l'écrit émané d'un cohéritier ou d'un copropriétaire par indivis, à l'égard de ses consorts, dont il n'était pas le mandataire (2).

4° On ne peut pas davantage considérer comme un commencement de preuve, à l'encontre d'une partie engagée dans une contestation, les réponses consignées dans un interrogatoire sur faits et articles subi par une autre partie en cause (3).

c. L'écrit doit rendre vraisemblable le fait allégué.

2604. Il faut, en troisième lieu, que l'écrit rende vraisemblable le fait allégué, en d'autres termes qu'il lui donne quelque apparence de vérité.

Il satisfait à cette condition lorsque, suivant les expressions de Pothier, il contient « la preuve, non, à la vérité, du fait

pour lesquels le consentement de la femme est nécessaire, l'écrit émané du mari seul ne peut pas former contre elle un commencement de preuve par écrit. Ainsi la quittance signée par le mari et donnée à valoir sur le prix de la vente, par lui consentie, d'immeubles de la femme, ne vaut pas, à l'égard de celle-ci, commencement de preuve par écrit de la dite vente. Bourges, 11 mai 1839, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4802. — Mais il a été jugé avec raison qu'une lettre écrite par le mari et se rapportant à un contrat consenti personnellement par la femme peut servir contre celle-ci de commencement de preuve par écrit dudit contrat, s'il résulte des circonstances que le mari l'a écrite de concert avec la femme et en vertu d'un mandat qu'elle lui en avait donné. — Poitiers, 31 janv. 1854, D. P., 55. 2. 175. — Nancy, 19 mai 1894, D. P., 95. 2. 94.

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 808; Duranton, XIII, n. 351; Aubry et Rau, Larombière, Demolombe, *loc. cit.* — Un écrit, quoique émané de la femme seule, peut former commencement de preuve à l'égard du mari, quand il se rapporte à des affaires que les époux géraient en commun. Civ. rej., 23 juil. 1851, S., 51. 1. 753, D. P., 51. 1. 269. — Trib. civ. Pontoise, 7 déc. 1885, S., 86. 2. 233.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 808 *in fine;* Aubry et Rau, Larombière, Demolombe, *loc. cit.* — Civ. cass., 30 déc. 1839, S., 40. 1. 139, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4800-1°; 17 nov. 1858, S., 59. 1. 905, D. P., 58. 1. 459. — Caen, 19 juin 1866, S., 67. 2. 49.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 339; Larombière, VI, p. 490 (art. 1347, n. 9); Demolombe, XXX, n. 136 *in fine*. — Paris, 26 nov. 1836, S., 37. 2. 34, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4793, 1034 et, sur pourvoi, Req., 30 avril 1838, D., *ibid.* — V. cependant Trêves, 19 janv. 1807, S. chr., II. 2. 189, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4793, *Acte de notor.*, n. 10.

total qu'on a avancé, mais de quelque chose qui y conduit ou en fait partie » (1).

Donc, si, par définition, le commencement de preuve par écrit ne constitue qu'une preuve littérale incomplète, encore faut-il qu'il ait cette force probante, tout imparfaite qu'elle soit.

Peu importe, d'ailleurs, la cause pour laquelle il ne prouve pas complètement le fait allégué.

Cela nous amène à faire observer que les écrits susceptibles de fournir un commencement de preuve peuvent être groupés en deux catégories : les uns mentionnent comme réalisé le fait allégué; les autres, sans mentionner ce fait, contiennent des allégations qui le rendent vraisemblable.

1° Ecrits mentionnant le fait comme réalisé.

2605. D'abord il est des écrits qui mentionnent, comme ayant été réalisé, le fait allégué et qui, néanmoins, faute de remplir une condition exigée par la loi, n'en font pas preuve entière (2). Nous citerons :

α. Les actes nuls comme authentiques soit par défaut de forme, soit par incompétence ou incapacité de l'officier public devant lequel ils ont été passés, quand ils ne sont pas signés par toutes les parties (3).

β. Les énonciations contenues dans un acte authentique ou sous seing privé quand elles n'ont pas de rapport direct à la *disposition*. Art. 1320 *in fine* (4).

γ. Les billets ou promesses sous seing privé, contenant un engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou une chose appréciable, lorsqu'ils ne sont ni écrits de la main du souscripteur, ni revêtus du *bon* ou *approuvé*, conformément à l'art. 1326 (5).

δ. Les mentions portées sur les registres ou papiers domes-

(1) *Oblig.*, n. 802 (édit. Dupin, I, p. 469).

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 340; Larombière, VI, p. 508 (art. 1347, n. 29, al. 5).

(3) Ces actes peuvent servir de commencement de preuve par écrit à l'égard des parties qui les ont signés. V. *supra*, n. 2593.

(4) V. *supra*, n. 2084 et 2088.

(5) V. *supra*, n. 2331.

tiques lorsqu'elles ne réunissent pas les conditions requises par l'art. 1331 (1).

ε. L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos, soit d'un titre qui n'est pas resté en sa possession (2), soit du double d'un titre, quand ce double, bien qu'appartenant au débiteur, se trouve entre les mains d'un tiers. Art. 1332 (3).

ζ. Les copies d'actes authentiques, lorsqu'elles n'ont pas été tirées avec les conditions nécessaires pour qu'elles fassent preuve complète. Art. 1335, 2° *in fine* et 3° (4).

η. Les transcriptions d'actes authentiques sur les registres publics dans le cas prévu par l'art. 1336 (5).

2606. Ne sauraient constituer un commencement de preuve par écrit les actes qui sont restés incomplets par suite de cette circonstance que la convention ou disposition dont ils devaient faire foi est demeurée à l'état de simple projet.

Ainsi l'acte notarié que l'une des parties a refusé de signer ne peut même pas servir de commencement de preuve à l'encontre de la partie signataire. Il résulte, en effet, du refus de signature que la convention n'a point reçu sa perfection définitive (6).

Au contraire, la simple absence de signature de l'une des parties ne fait pas obstacle à ce qu'un acte notarié soit considéré comme un commencement de preuve. Ici le défaut de signature, du moment qu'il ne provient pas d'un refus, aurait seulement pour effet d'entraîner la nullité de l'acte dans le cas où il ne mentionnerait pas que le non signataire a déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer. L. du 25 ventôse an XI, art. 14 et 68.

2607. L'acte qui constate l'existence d'une convention ne saurait valoir commencement de preuve pour établir que la convention a été exécutée. Le fait de cette exécution ne

(1) V. *supra*, n. 2441 et 2446 *in fine*.
(2) V. *supra*, n. 2450.
(3) V. *supra*, n. 2454.
(4) V. *supra*, n. 2492.
(5) V. *supra*, n. 2494-2496.
(6) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 341, texte et note 45; Larombière, VI, p. 507 (art. 1347, n. 29); Laurent, XIX, n. 528 *in fine*.

pourrait être rendu vraisemblable que par un écrit postérieur à la convention (1).

C'est ainsi que le titre constitutif d'une rente ou d'une créance, contre lequel la prescription est invoquée, ne forme pas un commencement de preuve par écrit des paiements d'intérêts ou d'arrérages, qui, suivant le prétendu créancier, auraient interrompu la prescription.

Au surplus, un titre prescrit, n'étant susceptible de produire aucun effet, ne saurait valoir commencement de preuve par écrit. La prescription libératoire est une présomption légale d'extinction de la dette, et aucune preuve n'est admise contre cette présomption. Il y aurait une inconséquence manifeste à décider qu'un titre prescrit peut rendre vraisemblable l'existence actuelle de la dette (2).

2° Ecrits qui, sans mentionner le fait allégué, contiennent des énonciations le rendant vraisemblable.

2608. Nous rangerons dans une seconde catégorie tous les écrits qui, sans mentionner le fait contesté, contiennent des énonciations permettant de conclure à sa vraisemblance. Ils sont innombrables. En voici quelques exemples :

α. Un écrit renfermant une offre ou promesse de vendre peut rendre vraisemblable la conclusion de la vente, et, réciproquement, un écrit énonçant une offre ou promesse d'acheter peut rendre vraisemblable l'acquisition alléguée (3).

(1) Caen, 30 avril 1860, S., 61. 2. 93, D. P., 65. 2. 56. — V. dans le même sens Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 341.

(2) Toullier, IX, n. 97; Marcadé, V, sur l'art. 1347, IV; Rolland de Villargues, *Répert. du notar.*, v° *Commencement de preuve par écrit*, n. 25; Fœlix et Henrion, *Des rentes foncières*, n. 213; Troplong, *De la prescription*, II, n. 622; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 341, texte et note 47; Larombière, VI, p. 501-503 (art. 1347, n. 24); Demolombe, XXX, n. 127-128; Laurent, XIX, n. 532. — Riom, 4 mai 1841, S., 41. 2. 334, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4845. — Douai, 19 janv. 1842, S., 42. 1. 112, D., *ibid.* — Civ. cass., 19 nov. 1845, S., 46. 1. 609, D. P., 46. 1. 38. — V. cependant Caen, 20 mai 1840, S., 40. 2. 300, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4846.

(3) Pothier, *op. cit.*, n. 802, al. 3; Toullier, IX, n. 91, 95 et 96; Duranton, XIII, n. 345; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 342; Larombière, VI, p. 509 (art. 1347, n. 30). — Bordeaux, 7 mai 1834, S., 35. 2. 177, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4820). — Un écrit énonçant une promesse de vendre pourrait même, suivant les circonstances, rendre vraisemblable le paiement du prix comptant. *Sic* Toullier, IX, n. 93 et 94; Larombière, *loc. cit.* — *Contra* Duranton, *loc. cit.*

Il est indifférent, d'ailleurs, que l'offre ou promesse de vendre ou d'acheter ne renferme pas l'indication du prix. C'est par la preuve testimoniale qu'on déterminera les conditions du contrat (1).

β. Un billet portant promesse de payer le prix de marchandises à livrer ou de travaux à exécuter, vaut commencement de preuve par écrit, soit de la livraison des marchandises, soit de l'exécution des travaux (2).

γ. Une lettre missive par laquelle on demandait au destinataire de faire à un tiers l'avance d'une certaine somme d'argent, rend vraisemblable la numération de cette somme soit par le destinataire, soit même, s'il n'a pu ou n'a pas voulu faire l'avance, par la personne à qui la lettre a été remise (3).

δ. Un écrit qui renferme la reconnaissance d'une dette, dont il n'indique pas la quotité ou la cause, présente un caractère de vraisemblance suffisant pour permettre d'établir par témoins la quotité de la somme due (4) ou la cause de l'obligation (5).

ε. Il faut reconnaître la même force à la quittance incomplète qui ne précise pas la quotité du paiement par elle énoncé (6).

2609. Un écrit peut valoir commencement de preuve littérale lors même qu'il ne vise pas formellement le fait allégué, s'il énonce d'autres faits qui se rattachent à lui d'une façon plus ou moins étroite (7). C'est ainsi que la vraisemblance du fait principal peut résulter de la mention des circonstances accessoires (8).

Par exemple les quittances d'arrérages d'une rente, données pendant plusieurs années, sans réserve des arrérages antérieurs, peuvent former un commencement de preuve de la

(1) Larombière, même n°, al. 4.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 802; Toullier, IX, n. 107; Duranton, XIII, n. 346; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Larombière, même n°, al. 5.

(3) Pothier, *op. cit.*, n. 803; Toullier, IX, n. 110 et 112; Duranton, XIII, n. 347; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Larombière, VI, p. 510 (art. 1347, n. 30, al. 6).

(4) Pothier, *op. cit.*, n. 805; Toullier, IX, n. 114 et 115; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Larombière, VI, p. 510 *in fine* (art. 1347, n. 30, al. 10).

(5) Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit.*

(6) Larombière, VI, p. 511 (art. 1347, n. 30, al. 11).

(7) V. une application dans Req., 12 juin 1899, S., 1900. 1. 136.

(8) Larombière, VI, p. 512 (art. 1347, n. 31).

libération complète du débiteur (1). De même la quittance constatant le paiement des derniers termes d'un fermage peut rendre admissible la preuve testimoniale du paiement des termes précédents (2).

Pareillement la mainlevée que le créancier a donnée de l'inscription à l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué, peut constituer un commencement de preuve par écrit du paiement que le débiteur prétend avoir fait de la dette garantie (3).

2610. Dans cet ordre d'idées, il existe une importante jurisprudence relative au mandat tacite des notaires.

D'après plusieurs décisions judiciaires, le commencement de preuve par écrit du mandat tacite, donné par le vendeur d'un immeuble au notaire rédacteur de l'acte de vente, de recevoir le prix, résulte de la clause dudit acte portant que ce prix sera payable en l'étude de ce notaire (4).

Ce commencement de preuve résulte encore de la quittance que le vendeur a ultérieurement délivrée d'une certaine somme payée entre les mains dudit notaire, par l'acquéreur, au moyen d'acomptes successifs (5).

De même la mention dans un acte de prêt que le remboursement du capital et le service des intérêts auront lieu dans l'étude du notaire rédacteur de cet acte, constitue un commencement de preuve par écrit du mandat de toucher, donné à ce notaire (6). Ce commencement de preuve peut aussi résulter du fait que le créancier a signé chez ledit officier public

(1) Larombière, *loc. cit.* — Colmar, 22 mai 1812, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4850-1°. — Req., 8 mars 1837, S., 37. 1. 914, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4850-2°.

(2) Req., 27 fév. 1882, D. P., 82. 1. 414.

(3) Larombière, *loc. cit.*; Laurent, XIX, n. 534. — Civ. rej., 27 juil. 1820, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4853. — Il en est de même de la mainlevée donnée de l'inscription par le créancier avant la vente de l'immeuble hypothéqué. Paris, 16 août 1838, D., *ibid.*

(4) Metz, 23 fév. 1864, S., 64. 2. 260, D. P., 64. 2. 220. — Civ. rej., 28 fév. 1887, S., 90. 1. 325, D. *Suppl.* au *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 699-6°. — Bordeaux, 13 juin 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 2. 635. — Montpellier, 31 oct. 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 2 614. — Trib. civ. Lyon, 5 juill. 1899, *Loi*, 10 août 1899, — Req., 7 nov. 1899, D. P., 99. 1. 563, *Gaz. Pal.*, 99. 2. 647. — V. cependant Rennes, 11 avril 1867 (sol. négat. impl.), S., 69. 2. 45, D. P., 68. 2. 215.

(5) Civ. rej., 28 fév. 1887, récité.

(6) Paris, 3 janv. 1900, D. P., 1902. 2. 100. — Besançon, 20 mars 1901, *Droit*, 20 juin 1901. — Trib. civ. Narbonne, 26 nov. 1902, *Droit*, 31 déc. 1902.

un acte de mainlevée d'inscription hypothécaire se rapportant à un versement de fonds fait entre les mains de ce notaire, au nom du débiteur (1).

Mais on ne saurait trouver un commencement de preuve par écrit du mandat de toucher le prix de vente d'un immeuble, dans un autre mandat, donné par le vendeur au notaire, soit de vendre le mobilier garnissant l'immeuble aliéné et d'en toucher le prix, soit de gérer d'autres propriétés (2).

Il a été jugé également que la mention d'un acte notarié de cession de créance portant que « pour son exécution, les parties font élection de domicile dans l'étude du notaire », ne peut pas être considérée comme un commencement de preuve par écrit du mandat tacite donné par le cessionnaire au notaire de recevoir le paiement (3).

Citons aussi une intéressante décision d'après laquelle des quittances délivrées par un notaire, à un de ses clients, de sommes versées par celui-ci à celui-là, peuvent, d'après leur teneur et les circonstances de la cause, valoir commencement de preuve par écrit du mandat donné au notaire de procurer audit client de bonnes et sûres hypothèques pour garantie du prêt de ces sommes (4).

2611. Pour qu'un écrit puisse fournir un commencement de preuve, il suffit que ses énonciations fassent allusion plus ou moins directement au fait allégué. On a jugé, en conséquence, que le commencement de preuve d'un paiement résultait de lettres dans lesquelles le prétendu créancier, en demandant aux héritiers de son ancien débiteur « s'il ne se trouvait, parmi les papiers de la succession, rien de relatif à son ancienne affaire, sans cependant déclarer son intention de former une action, témoignait assez le besoin de s'assurer, avant d'agir, si le temps avait fait disparaître la trace d'une libération qu'on pouvait redouter » (5).

(1) Trib. civ. Narbonne, 26 nov. 1902, précité. — V. encore Civ. rej., 22 juin 1903, S., 1903. 1. 463.

(2) Rennes, 11 avril 1867, précité.

(3) Montpellier, 1er juin 1891, S., 92. 2. 103.

(4) Lyon, 4 mars 1876, S., 77. 2. 85, D. P., 77. 1. 399, et, sur pourvoi, Req., 23 avril 1877, S., 77. 1. 456, D. P., *ibid.*

(5) Trib. Senlis, 3 juin 1828, et, sur pourvoi formé contre l'arrêt de la cour

Voici un autre exemple, emprunté par Danty à la jurisprudence et reproduit par Pothier, ainsi que par plusieurs commentateurs du Code : à l'appui d'une demande en restitution d'un dépôt, j'invoque simplement une lettre missive où le prétendu dépositaire me dit : « Je vous satisferai sur ce que vous savez ». Cette lettre peut être considérée comme suffisante pour rendre vraisemblable le fait du dépôt (1). Peu importe même qu'elle ait été adressée à un tiers (2).

Les juges vont quelquefois très loin dans cette voie, ainsi que le montre la décision suivante : on peut retenir à titre de commencement de preuve par écrit une lettre par laquelle un créancier, répondant à son débiteur, qui l'avait avisé du versement du montant de sa dette entre les mains du notaire, reconnaît avoir reçu les intérêts, mais nie avoir touché le capital. On peut induire de cette lettre sans la dénaturer, que, si le créancier a reçu les intérêts sans le capital mis à sa disposition, c'est qu'il est intervenu entre le notaire et lui un accord pour un nouveau placement de la somme remboursée (3).

2612. Bien plus, un document où ne figurent pas des énonciations qu'il eût été normal d'y insérer si le fait allégué n'avait pas eu lieu, peut être considéré comme un commencement de preuve littérale de ce fait. Donc, ici, le commencement de preuve résulte du silence de l'écrit. En voici un exemple remarquable que nous trouvons dans un arrêt tout récent de la cour de cassation : un débiteur peut invoquer, comme un commencement de preuve par écrit de la remise de dette qu'il prétend lui avoir été consentie par son créancier, le silence gardé par les héritiers de ce dernier, quant à la dette, soit dans l'inventaire des valeurs successorales, soit dans la déclaration faite à l'enregistrement, soit enfin

d'Amiens, du 7 août 1829, qui avait confirmé par adoption des motifs, Req., 31 mai 1831, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4833.

(1) Arrêt rapporté par Chassanée et cité par Danty, *Additions* à Boiceau, Seconde partie de l'art. 54 de l'ordonn. de Moulins, ch. I, n. 14 (7e édit., 1789, p. 585 *in fine*); Pothier, *Oblig.*, n. 805, dern. al.; Boncenne, *op. cit.*, IV, p. 169; Larombière, VI, p. 511 (art. 1347, n. 31, al. 2).

(2) Toullier, IX, n. 108; Larombière, *loc. cit.*

(3) Req., 9 juill. 1901, *Pand. franç.*, 1902. 1. 116.

dans le partage de la communauté ayant existé entre le *de cujus* et sa femme. Ces trois actes, émanant des personnes auxquelles ils sont opposés, constituent des écrits dans le sens de l'art. 1347, et il appartient aux juges du fond, usant de leur pouvoir souverain d'appréciation, de décider s'ils permettent de conclure à la vraisemblance de la remise alléguée (1).

2613. Spécialement, en ce qui regarde, soit les interrogatoires sur faits et articles, soit les comparutions personnelles à l'audience, il est de jurisprudence que les réponses embarrassées, contradictoires, obscures, ambiguës ou évasives peuvent être considérées comme rendant vraisemblable le fait allégué (2).

Et même, comme nous l'avons démontré, il faut en dire autant soit du refus de répondre, soit du refus de comparaître (3).

Mais, d'après un arrêt de la cour de Dijon, du 12 mai 1876, un interrogatoire sur faits et articles ne saurait fournir un commencement de preuve par écrit s'il n'apporte qu'une dénégation persistante aux prétentions de la partie adverse (4).

(1) Req., 18 janv. 1904, D. P., 1904. 1. 295, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 236. — Mais voyez Nancy, 24 janv. 1893, D. P., 95. 2. 132.

(2) Toullier, IX, n. 118; Aubry et Rau, VIII, p. 342 *in fine* et p. 343; Larombière, VI, p. 512-513 (art. 1347, n. 32). — Lyon, 28 août 1818 (dénégations et contradictions) joint à Crim. rej., 6 nov. 1818, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4778, 4763-1°. — Req., 19 juin 1839, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4778-2°, *Louage*, n. 475-1°. — Aix, 25 janv. 1871 (réticences), D. P., 71. 2. 52. — Req., 1er déc. 1880 (invraisemblances et contradictions), S., 81. 1. 357, D. P., 81. 1. 255. — Bordeaux, 31 mai 1888 (obscurités, réticences et contradictions), *Journ. des arr. de Bordeaux*, 88. 1. 288; 7 janv. 1890 (réponses mensongères, évasives ou captieuses), même Rec., 90. 1. 182. — Amiens, 25 juil. 1899 (réticences), *Rec. d'Amiens*, 1899. 86. — Req., 13 mars 1900 (contradictions et réticences), *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 541. — Il faut, d'ailleurs, en dire de même des réponses faites par un prévenu dans un interrogatoire devant le juge d'instruction. — Angers, 1er juil. 1850 (réponses évasives, confuses et contradictoires), S., 50. 2. 476, D. P., 51. 2. 134. — Crim. rej., 9 juil. 1857 (différences et contradictions), S., 58. 1. 249, D. P., 57. 1. 379.

(3) V. *supra*, n. 2595. — Lorsque, dans un interrogatoire sur faits et articles, un notaire, se retranchant derrière le secret professionnel, refuse d'affirmer ou de nier l'existence d'un dépôt qui lui aurait été confié, ce refus peut être considéré comme constituant un commencement de preuve par écrit. Riom, 21 mars 1902, *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 522.

(4) S., 76. 2. 300, D. P., 77. 2. 129.

Il a été également décidé qu'une simple erreur de date commise dans un interrogatoire sur faits et articles par une partie qui n'avait pas une connaissance personnelle des faits allégués par l'adversaire, ne constituait pas une contradiction suffisante pour produire un commencement de preuve par écrit (1).

D'après une autre décision judiciaire, la déclaration faite par un prétendu débiteur dans un interrogatoire sur faits et articles et au cours d'explications à l'audience « qu'un compte entre lui et son prétendu créancier avait été commencé en sa présence, mais sans participation ni consentement de sa part, dans l'étude d'un notaire, et qu'il s'était retiré, voyant que son adversaire prétendait être créancier, alors que lui était venu pour recevoir de l'argent », peut, rapprochée des autres circonstances de la cause, être considérée comme ne rendant pas vraisemblable la créance alléguée (2).

Dans tous les cas, les réponses faites dans un interrogatoire sur faits et articles ne peuvent constituer un commencement de preuve par écrit qu'autant qu'il en résulte la vraisemblance du fait à établir (3).

Il faut évidemment en dire autant des réponses faites par l'une des parties lors d'une comparution personnelle à l'audience. La cour de Bordeaux, dans un arrêt du 21 juillet 1899, a formulé cette proposition : « Si on peut trouver, dans les réponses faites dans une comparution personnelle, un commencement de preuve par écrit, c'est à la condition que ces réponses par elles-mêmes rendent vraisemblable le fait à prouver, sans qu'il soit nécessaire, pour faire naître cette vraisemblance, d'en tirer des déductions et de se livrer à des raisonnements » (4).

(1) Trib. civ. Lyon, 23 mars 1892, *Mon. Lyon*, 24 juin 1892.

(2) Req., 13 juin 1895, S., 95. 1. 344. D. P., 95. 1. 372.

(3) Nancy, 24 juill. 1895, D. P., 96. 2. 182. — Besançon, 12 août 1902, *Droit*, 20 déc. 1902. — Il faut que les déclarations de l'interrogatoire se rattachent au moins indirectement au fait allégué. Besançon, 29 juin 1892, D. P., 93. 2. 255. — V. aussi Req., 14 fév. 1900, S., 1901. 1. 11, D. P., 1900. 1. 287.

(4) *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1900. 1. 35.

d. Rôle de la cour de cassation dans la constatation des caractères du commencement de preuve par écrit.

2614. Nous avons étudié les caractères du commencement de preuve par écrit tels qu'ils sont déterminés par l'art. 1347. Les décisions judiciaires qui statuent sur l'existence de ces caractères peuvent-elles être déférées à la cour de cassation? Il faut distinguer.

Le point de savoir si un écrit émane soit de celui à qui on l'oppose, soit de la personne qu'il représente ou par laquelle il était représenté, constitue une question de droit, et, par suite, la vérification de l'existence de cette condition rentre dans les attributions de la cour suprême (1).

Mais le point de savoir si l'écrit invoqué à titre de commencement de preuve rend vraisemblable le fait allégué est, au contraire, une question de fait, et, en conséquence, les juges du fond l'apprécient souverainement (2).

(1) Toullier, IX, n. 133; Duranton, XIII, n. 344; Bonnier, *op. cit.*, n. 170; Colmet de Santerre, V, n. 320 *bis*-II et 320 *bis*-III; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 343; Larombière, VI, p. 505 (art. 1347, n. 27); Demolombe, XXX, n. 142; Laurent, XIX, n. 540; Arntz, III, n. 392 al. 2; Thiry, III, n. 157, p. 187 *in fine;* Huc, VIII, n. 294. — Civ. cass., 30 déc. 1839, S., 40. 1. 139, *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4747, 4800-1°. — Req., 10 août 1840, S., 40. 1. 875, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4796-3°. — Req., 17 mai 1855, S., 56. 1. 155, D. P., 55. 1. 247. — Civ. cass., 8 fév. 1862, D. P., 63. 5. 300. — Req., 23 avril 1877, S., 77. 1. 456, D. P., 77. 1. 399; 24 juin 1878, S., 80. 1. 205; 10 déc. 1884, S., 85. 1. 128, D. P., 85. 1. 456. — Civ. rej., 28 fév. 1887, S., 90. 1. 325. — Req., 9 juill. 1890, S., 92. 1. 557, D. P., 91. 1. 452. — Civ. cass., 6 janv. 1891, D. P., 91 1. 57. — Req., 7 déc. 1897, S., 98. 1. 343; 13 juin 1898 (sol. impl.), D. P., 99. 1. 24. — Civ. rej., 26 oct. 1898 (sol. impl.), D. P., 99. 1. 16; 20 juin 1900, D. P., 1900. 1. 451. — Req., 2 fév. 1901, D. P., 1904. 1. 102; 29 juill. 1902, S., 1905. 1. 23. — V. aussi Cass. belge, 4 mai 1882, *Pasicr.*, 82. 1. 121.

(2) Req., 22 avril 1818, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4748 et 4118-2°; 27 avril 1836, D., *op. cit.*, v° *Cassation*, n. 1635; 10 août 1840 et 17 mai 1855, précités; 30 juill. 1855, D. P., 55. 1. 332; 14 juill. 1856, S., 58. 1. 144, D. P., 56. 1. 465. — Crim. rej., 8 fév. 1862, précité. — Req., 5 avril 1864, S., 64. 1. 215; 2 janv. 1872, S., 72. 1. 129; 11 juin 1872, S., 72. 1. 261, D. P., 72. 1. 464; 29 juill. 1872, D. P., 74. 1. 430; 4 fév. 1873, S., 73. 1. 81, D. P., 73. 1. 112; 23 avril 1877, précité; 24 juin 1878, précité; 16 mars 1881, S., 81. 1. 311, D. P., 82. 1. 371. — Crim. rej., 5 janv. 1883, S., 85. 1. 405, D. P., 83. 1. 366. — Req., 10 déc. 1884, précité; 12 mai 1886, S., 90. 1. 326; 6 juin 1887, D. P., 87. 1. 327; 9 juill. 1890, précité; 22 janv. 1895, D. P., 95. 1. 206. — Civ. rej., 5 mars 1895, S., 95. 1. 456, D. P., 95. 1. 236. — Req., 13 juin 1895, S., 95. 1. 344, D. P., 95. 1. 372; 18 juin 1897, S., 97. 1. 496; 5 juill. 1897, D. P., 97. 1. 468; 28 nov. 1898, D. P., 99. 1. 37; 14 juin 1899, S., 99. 1. 464, D. P., 99. 1. 344; 13 mars 1900, S., 1900. 1. 440, D. P., 1900. 1. 263. — Civ. rej., 20 juin 1900, précité. — Req., 19 nov. 1900, S., 1901. 1. 100; 28 nov.

Cette dernière proposition est vraie même pour les écrits qu'un texte spécial déclare susceptibles de former un commencement de preuve par écrit, comme les énonciations des actes authentiques ou sous seing privé, qui sont « étrangères à la disposition ». Art. 1320. En effet, même en ce qui regarde ces derniers documents, les juges du fond apprécient en fait s'il y a, oui ou non, vraisemblance (1).

Toutefois, lorsqu'ils admettent l'existence d'un commencement de preuve par écrit, ils doivent déclarer que l'écrit où ils le puisent rend vraisemblable le fait allégué. Si leur décision ne renfermait pas cette constatation, elle pourrait être déférée à la cour suprême (2).

N° 2. *Sphère d'application de l'art. 1347.*

2615. L'art. 1347, ainsi qu'il résulte de son texte même, déroge aux deux règles posées dans l'art. 1341 : « *Les règles ci-dessus* reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit ». L'existence d'un pareil commencement de preuve rend donc la preuve testimoniale admissible non seulement quand l'intérêt excède 150 fr., mais aussi lorsqu'il s'agit de prouver contre et outre le contenu d'un acte (3).

1900, S., 1903. 1. 79; 2 fév. 1901, précité (sol. impl.); 24 avril 1901, S., 1904. 1. 229, D. P., 1901. 1. 444; 9 juill. 1901, *Pand. franç.*, 1902. 1. 116; 21 déc. 1903, S., 1904. 1. 356, D. P., 1904. 1. 94; 18 janv. 1904, S., 1904. 1. 128; 14 mars 1906, S., 1906. 1. 317. — *Adde* Cass. Florence, 6 mars 1902, S., 1904. 4. 7. — Req., 23 déc. 1905, *Gaz. Pal.*, 1906. 1. 153, *Pand. franç.*, 1906. 1. 73. — V. les auteurs cités à la note précédente. — *Adde* Planiol, II, 1re édit., n. 1168-3°, 2e et 3e édit., n. 1124-3°. — « L'art. 1347 C. civ., dit la chambre des requêtes dans un arrêt du 27 octobre 1903, ne subordonne l'efficacité du commencement de preuve par écrit à aucune condition chronologique ». D. P., 1903. 1. 574. Le pourvoi contre une décision admettant l'existence d'un commencement de preuve par écrit ne pourrait donc pas être fondé sur ce que, par sa date même, l'écrit invoqué est étranger au fait allégué. — L'écrit produit à titre de commencement de preuve peut être d'une date antérieure à celle de l'acte à l'encontre duquel on l'invoque. Civ. rej., 10 mars 1896 (sol. impl.), D. P., 96. 1. 201.

(1) Demolombe, même n. *in fine*.

(2) Civ. cass., 23 déc. 1905, précité.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 331; Larombière, VI, p. 485 (art. 1347, n. 4); Demolombe, XXX, n. 107; Laurent, XIX, n. 474 et 541; Arntz, III, n. 390. — Req., 14 juill. 1856 (sol. impl.), S., 58. 1. 144, D. P., 56. 1. 465. — Req., 21 déc. 1903, précité. — *Adde* les arrêts cités à la note suivante.

Et, dans cette dernière hypothèse, peu importe que l'acte soit authentique. L'art. 1341 dit : « Il doit être passé acte *devant notaires* ou sous signatures privées... » Puis il ajoute : « Et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu *aux actes*... » Cette dernière expression comprend les actes authentiques aussi bien que les actes sous seing privé, et, par conséquent, l'exception de l'art. 1347 s'applique aux uns comme aux autres (1).

2616. La disposition de l'art. 1347, en tant qu'elle autorise la preuve testimoniale au-dessus de 150 fr., est appliquable non seulement quand il n'a pas été dressé d'acte, mais aussi quand le titre a été perdu. Dans le second cas, le demandeur est-il tenu d'établir préalablement la perte du titre par force majeure? Une pareille exigence ne saurait se justifier. C'est — nous le supposons — sur le terrain de l'art. 1347 que le demandeur se place, et non pas sur celui de l'art. 1348. Or, le premier de ces textes ne distingue pas entre les deux hypothèses quant à l'admissibilité de la preuve par témoins (2).

Ainsi, lorsque le titre a été perdu par force majeure, le demandeur peut invoquer soit l'art. 1347, soit l'art. 1348. S'il se prévaut du premier de ces textes, il devra produire un commencement de preuve par écrit, mais ne sera pas obligé d'établir la perte fortuite du titre. Au contraire, s'il invoque l'art. 1348, il devra faire cette dernière preuve, mais il n'aura pas à fournir de commencement de preuve par écrit (3).

2617. Comme nous l'avons indiqué, il est des conventions qui ne peuvent pas être établies par témoins même lorsque l'intérêt n'excède pas 150 fr. Ce sont notamment — nous le

(1) Laurent, XIX, n. 541. — Lyon, 28 août 1818, joint à Civ. rej., 6 nov. 1818, S. chr., V. 1. 541, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4763-1°. — Bourges, 27 avril 1833, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4763-3°. — Civ. rej., 23 juill. 1851, S., 51. 1. 753, D., 51. 1. 269. — Paris, 7 mai 1875, D. P., 76. 2. 137.

(2) *Sic* Demolombe, XXX, n. 107 *bis;* Laurent, XIX, n. 576. — Civ. cass., 18 août 1873, S., 74. 1. 213, D. P., 74. 1. 20, et, sur renvoi, Amiens, 25 mars 1874, S. et D. P., *ibid., ad notam.* — Req., 16 juin 1890, S., 90. 1. 385, D. P., 91. 1. 97. — *Contra* Douai, 4 août 1871 (cassé par l'arrêt précité du 18 août 1873), S., 71. 2. 248, D. P., 73. 2. 194.

(3) Demolombe, *loc. cit.*

rappelons — le bail, la transaction, l'antichrèse [1]. La disposition de l'art. 1347 leur est-elle étrangère ? Faut-il dire, au contraire, que la preuve testimoniale de ces conventions devient admissible quand il existe un commencement de preuve par écrit ? La question est très discutée. Il faut, selon nous, se prononcer dans le second sens. Les textes qui établissent les exceptions dont nous parlons, notamment les art. 1715, 2044, al. 2, et 2085, ne dérogent point à l'art. 1347, mais seulement à l'art. 1341. Or, dans notre hypothèse, il s'agit de savoir non pas si l'on peut prouver par témoins, mais bien si l'on peut compléter par des témoignages une preuve commencée. Au surplus, à raison de leur caractère exceptionnel, les dispositions des art. 1715, 2044, al. 2, 2085 et les autres dispositions analogues doivent être interprétées restrictivement [2].

Nous n'insisterons pas davantage sur cette controverse, dont les détails doivent trouver place dans les traités *Du louage, de la transaction et du nantissement* [3].

2618. L'art. 1347 est applicable aussi bien lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'un droit réel que lorsqu'il s'agit de prouver celle d'un droit de créance. C'est ainsi que la constitution d'une servitude peut être établie par témoins ou par présomptions lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. Peu importe que la servitude soit discontinue ou non apparente [4].

II. *Cas non compris dans la règle.*

2619. La prohibition de la preuve testimoniale cesse dans tous les cas où le défaut d'acte n'est pas imputable à la per-

(1) V. *supra*, n. 2528.

(2) *Sic* notamment Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 328, texte et note 5 ; Garsonnet, *Tr. th. et prat. de proc. civ.*, 2e édit., III, § 824, p. 13. — *Contra* Larombière, VI, p. 515 (art. 1347, n. 33) ; Demolombe, XXX, n. 108.

(3) V. pour le bail, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, I, 1re édit., n. 155, 2e édit., n. 211, 3e édit., n. 208 ; pour la transaction, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, n. 1222, al. 2 et 3 ; pour l'antichrèse, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement, des privilèges, des hypothèques...*, I, n. 176, al. 5 et 6.

(4) V. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n. 1094, al. 7 ; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 691, n. 41.

sonne qui invoque cette preuve : ce qui peut arriver soit parce qu'il a été impossible de dresser un acte, soit parce que celui qui avait été dressé a été perdu par cas fortuit ou de force majeure. C'est ce que dit l'art. 1348, ainsi conçu : « *Elles reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. Cette seconde exception s'applique :* 1° *Aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits ;* — 2° *Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait ;* — 3° *Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit ;* — 4° *Au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure* ».

Cette disposition n'est qu'une consécration de la règle : *A l'impossible, nul n'est tenu.* Si l'art. 1341 ne permet pas aux parties de recourir à la preuve testimoniale, c'est parce qu'elles sont en faute pour n'avoir pas rédigé un écrit. Mais, dans l'hypothèse de l'art. 1348, ce motif fait défaut. En effet, ce dernier texte suppose qu'il a été impossible de dresser un écrit ou qu'il est impossible de produire celui qui a été dressé. La preuve testimoniale est donc recevable.

L'ordonnance de 1566 était muette sur la question. Celle de 1667 ne visait que les cas spécifiés par le 2° et par le 3° de l'art. 1348. Cependant, sous ces ordonnances, même sous la première, le système dont nous allons étudier les détails était admis sans difficulté [1].

Il résulte de ce qui précède que l'art. 1348 est mal rédigé : il présente l'impossibilité de dresser un acte ou de le représenter comme amenant une *exception* aux principes formulés par l'art. 1341. C'est une erreur de terminologie. L'art. 1348 contient l'énoncé d'un principe. Quand la loi ordonne de

[1] V. notamment Boiceau, *op. cit.*, 1re partie de l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, ch. XI (7e édit., 1789, p. 421-427).

dresser un écrit, elle suppose manifestement que les parties ont le pouvoir de le faire, car elle ne peut pas demander l'impossible (1). C'est ce que Pothier avait très bien compris. Il ramenait à quatre principes les règles relatives à la preuve testimoniale. Et ces quatre principes, il les formulait ainsi : *Premier principe :* CELUI QUI A PU SE PROCURER UNE PREUVE PAR ÉCRIT n'est pas admis à la preuve testimoniale pour les choses qui excèdent 100 livres ». « *Second principe :* Que la preuve testimoniale n'est pas admise contre un écrit, ni outre ce qui y est contenu ». « *Troisième principe :* Celui qui n'a pas pu se procurer une preuve littérale doit être admis à la preuve testimoniale ». « *Quatrième principe :* Celui qui a perdu par un cas fortuit la preuve littérale doit être admis à la preuve testimoniale » (2). Ainsi, d'une part, la prétendue exception de l'art. 1348 était présentée par Pothier comme un principe, et, d'autre part, la façon dont ce jurisconsulte formulait le premier des principes énoncés aujourd'hui dans l'art. 1341, montrait bien que l'inadmissibilité de la preuve testimoniale supposait essentiellement la possibilité de rédiger un écrit.

La disposition de l'art. 1348 écarte l'application soit de l'une soit de l'autre des deux règles posées dans l'art. 1341 : « Elles reçoivent encore exception... *Elles,* c'est-à-dire *les règles ci-dessus,* pour parler comme l'art. 1347. Le texte est donc formel. Ajoutons que le motif de l'art. 1348 ne permet pas de distinguer. Ainsi, dans l'hypothèse, on peut prouver par témoins non seulement au-dessus de 150 fr., mais aussi contre et outre le contenu aux actes. Toutefois, par la force même des choses, c'est seulement quand le créancier a perdu son titre que la seconde dérogation se conçoit. Comment pourrait-il être question de prouver contre et outre le contenu à l'acte, lorsque le créancier n'a pas eu le moyen de se procurer un écrit constatant son droit (3) ?

(1) Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 321 *bis*-I; Demolombe, XXX, n. 16 et 145; Laurent, XIX, n. 544, al. 2, p. 554 *in fine.*

(2) *Oblig.,* part. IV, ch. II, art. II, III, V et VI (édit. Dupin, I, p. 463, 467, 473 et 475).

(3) Larombière, VI, p. 539 (art. 1348, n. 2, al. 1er *in fine*); Demolombe, XXX, n. 146.

Il est évident que la disposition du 4° de l'art. 1348, relative au cas où le titre du créancier a péri par suite d'un événement de force majeure, n'est pas une application de la disposition générale formulée au début de cet article. Le législateur aurait dû la présenter comme un principe distinct (1). C'est — nous venons de le voir — ce que faisait Pothier.

Nous procèderons comme lui dans notre division.

A. *Impossibilité de se procurer une preuve littérale.*

2620. L'art. 1348 dispose d'abord en termes généraux que la preuve testimoniale est admissible « *toutes les fois* qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale » (2). Puis il ajoute que cette disposition s'applique en matière de quasi-contrats, de délits, de quasi-délits, de dépôts nécessaires et d'obligations contractées dans des accidents imprévus. Donc les cas spécifiés par lui ne sont que des applications du principe sus-énoncé; ils sont simplement indiqués à titre d'exemples, et, par suite, l'énumération contenue dans les 1°, 2° et 3° de notre texte n'est pas limitative.

De là cette double conséquence :

α. En indiquant certains cas, le législateur n'a pas restreint le domaine du principe, et, par conséquent, même hors de ces cas, les témoignages sont admissibles s'il a été impossible de rédiger un écrit (3).

A la différence du Code, l'ordonnance de 1667 ne formulait pas le principe. Elle déclarait simplement ne pas exclure la preuve testimoniale dans plusieurs cas particuliers « *où* —

(1) Marcadé, V, sur l'art. 1348, V; Demolombe, XXX, n. 200. — Cpr. Laurent, XIX, n. 545, al. 3, p. 556.

(2) Cette formule est empruntée presque textuellement à Pothier, *Oblig.*, n. 810, dern. al.

(3) Favard, *Répert.*, v° *Preuve*, § 1, n. 20; Bonnier, *op. cit.*, n. 172; Zachariæ, § 761, note 1; Colmet de Santerre, V, n. 321 *bis*-II; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 344 *in fine;* Larombière, VI, p. 538 (art. 1318, n. 2, al. 2); Demolombe, XXX, n. 150; Laurent, XIX, n. 545; Huc, VIII, n. 296. — Req., 18 mai 1841, S., 41. 1. 545, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4877-5°. — Bordeaux, 2 mars 1871, S., 71. 1. 97. — Trib. civ. Perpignan, 10 juil. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 496. — Paris, 23 avril 1902, S., 1904. 2. 261, D. P., 1903. 2. 323, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 6; *Gaz. Trib.*, 1902, 2e semestre, 2. 195.

expliquait-elle — *on ne pourrait avoir fait des actes* ». Mais, comme c'était là le motif de sa disposition, la jurisprudence étendit celle-ci à tous les autres cas où il n'avait pas été possible de rédiger un écrit : « L'ordonnance de Moulins, confirmée par celle de 1667, en ordonnant qu'il serait dressé des actes — dit Pothier —, n'a pas entendu exiger l'impossible, ni même exiger des choses trop difficiles et qui gêneraient ou empêcheraient le commerce; c'est pourquoi elle n'a interdit la preuve testimoniale qu'à ceux qui ont pu s'en procurer facilement une preuve littérale. *Toutes les fois* donc qu'il n'a pas été au pouvoir du créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui, la preuve testimoniale du fait qui l'a produite ne peut lui être refusée, à quelque somme que puisse monter l'objet de cette obligation » (1). Si on reconnut au principe toute sa portée sous l'ordonnance de 1667, comment pourrait-on aujourd'hui ne pas faire de même, alors qu'il est énoncé par le législateur dans les termes les plus généraux?

β. Du moment que les cas spécifiés par les 1°, 2° et 3° de l'art. 1348 sont des applications, il faut les entendre dans le même sens que le principe; en d'autres termes, même dans ces cas, on ne doit admettre la preuve testimoniale que s'il y a eu pour les parties impossibilité de rédiger un écrit (2).

2621. L'explication que Pothier donne de notre règle dans le passage transcrit ci-dessus est certainement exacte; il ne faut pas, toutefois, aller jusqu'à déclarer, comme le fait le jurisconsulte d'Orléans, la preuve testimoniale admissible par cela seul que les parties n'ont pas pu se procurer *facilement* une preuve littérale (3).

Mais, d'autre part, on doit prendre en considération aussi bien l'impossibilité morale et relative que l'impossibilité physique et absolue. La loi ne distingue pas, et, d'ailleurs, dans plusieurs des cas spécifiés par l'art. 1348, il n'existe que

(1) *Oblig.*, n. 810 (éd. Dupin, I, p. 473 *in fine* et p. 474).

(2) Favard, Zachariæ, *loc. cit.*, Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 345; Larombière, VI, p. 540 (art. 1348, n. 3); Demolombe, XXX, n. 151; Laurent, XIX, n. 545, al. 2; Huc, *loc. cit.* — Cpr. Duranton, XIII, n. 357 et 358; Bonnier, *loc. cit.*

(3) Larombière, VI, p. 541 (art. 1348, n. 5); Demolombe, XXX, n. 148.

la première de ces impossibilités. La doctrine, comme la jurisprudence, est unanime en ce sens (1). On lit, notamment, dans un arrêt de la cour de Gand, du 26 mars 1852 : « Considérant que la doctrine et la jurisprudence enseignent, en se fondant sur l'esprit qui a dicté la disposition de l'art. 1348 C. civ., que l'impossibilité de se procurer une preuve littérale, dont parle cet article, n'est pas une impossibilité physique, ni même une impossibilité morale absolue, mais que le législateur a entendu laisser au juge une grande latitude pour apprécier dans chaque cas particulier, et en ayant égard à la qualité des personnes et aux circonstances de fait, l'impossibilité de se procurer une preuve écrite où s'est trouvée la partie qui invoque le secours de la preuve testimoniale » (2).

Les tribunaux, par exemple, peuvent considérer qu'il y a impossibilité morale, de la part d'un fournisseur, d'obtenir de ses clients une preuve par écrit des livraisons par lui faites, alors même que leur valeur serait supérieure à 150 fr. (3).

(1) Toullier, IX, n. 139, 200 et 203; Favard, *op.* et v° *cit.*, n. 29; Marcadé, V, sur l'art. 1348, 1; Bonnier, *op. cit.*, n. 172; Zachariæ, § 761, note 1 *in fine;* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 345; Larombière, VI, p. 540 (art. 1348, n. 4); Demolombe, XXX, n. 148; Laurent, XIX, n. 567 et 577; Huc, VIII, n. 295; Beudant, *op. cit.*, n. 1042, p. 645. — Bourges, 21 nov. 1824, S. chr., VIII. 2. 446, col. 3, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4874-2°. — Trib. civ. Seine, 19 nov. 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 602. — Trib. civ. Lyon, 16 juil. 1900, *Droit,* 8 août 1900. — Rouen, 28 nov. 1900, *Rec. Rouen,* 1900. 1. 235. — Toulouse, 18 janv. 1902, D. P., 1905. 2. 238. — Paris, 23 avril 1902, précité. — C. d'app. de Rome, 7 fév. 1905, S., 1906. 4. 40. — Paris, 15 mars 1905, et, sur pourvoi, Req., 27 mars 1907, S., 1907. 1. 209 (on trouvera aussi l'arrêt de la cour d'appel de Paris dans D. P., 1907. 2. 357). — Trib. civ. de Lorient, 11 juil. 1905, D. P., 1906. 2. 83. — Jugé que l'impossibilité morale ou relative doit s'entendre d'une grande difficulté locale ou momentanée, d'un embarras sérieux de se procurer un écrit. Rennes, 26 fév. 1879, S., 80. 2. 214, D. P., 80. 2. 91. — Trib. civ. Nogent-le-Rotrou, 8 mars 1895, D. P., 96. 2. 275. — Trib. civ. de Lorient, précité.

(2) D. P., 52. 5. 447.

(3) Rouen, 28 nov. 1900, précité. — Il est d'usage constant que les hôteliers n'exigent pas de leurs clients la reconnaissance écrite des fournitures d'aliments ou des avances qu'ils leur font. « Cet usage suffit pour constituer, aux termes de l'art. 1348 C. civ., l'impossibilité morale de fournir une preuve écrite ». Trib. civ. Seine, 19 nov. 1892, précité. — V. aussi Bruxelles, 2 août 1837 (fourniture de bière), *Pasicr.*, 37. 2. 200. — Trib. Anvers, 6 mai 1884 (marchand de confections et de modes), Cl. et B., 84. 900. — *Contra* Laurent, XIX, n. 579. — Gand, 9 mars 1838 (fourniture d'un tapis), *Pasicr.*, 38. 2. 69. — Cass. Belge, 24 août 1845, *Pasicr.*, 46. 1. 60.

A plus forte raison la nature particulière de l'art médical implique-t-elle une impossibilité morale pour le médecin d'apporter une preuve littérale ou même un commencement de preuve par écrit du nombre de ses visites [1].

Dans le même ordre d'idées, la cour de Paris a posé en fait « qu'un usage fondé sur la nécessité et sur l'intérêt des malades en même temps que sur le respect ou la dignité du médecin ou du chirurgien s'oppose à ce que ceux-ci exigent de leurs clients ou des personnes qui requièrent l'assistance de leur art, l'engagement écrit de payer leurs honoraires » [2].

Citons deux autres applications, que nous empruntons, comme les précédentes, à la jurisprudence : selon les usages du Palais, l'avoué ou l'agréé qui dépose un dossier complet sur le bureau du tribunal ou le remet à un magistrat, non seulement ne requiert pas de récépissé, mais se trouve dans l'impossibilité morale d'en demander un [3].

Le fait qu'une femme cohabitait et avait des rapports intimes avec le détenteur de meubles qu'elle prétend lui appartenir l'a mise dans l'impossibilité morale de se procurer la preuve écrite de son droit de propriété sur ces meubles [4].

2621 I. Cependant encore faut-il que l'impossibilité morale soit effective. Cette impossibilité ne se rencontre pas quand le prétendu empêchement est fondé exclusivement sur des considérations de convenance, de réserve et de délicatesse, notamment sur la difficulté qu'il y aurait eu pour un donataire à charge de rente viagère de demander au donateur une quittance des paiements d'arrérages par lui allégués. Si, comme nous l'avons expliqué, les cas d'application indiqués

[1] Trib. de Libourne, 13 janv. 1887, et Trib. d'Annecy, 23 juill. 1887, S., 89. 2. 45. — Bruxelles, 31 déc. 1889, S., 90. 4. 16. — Bordeaux, 14 fév. 1900, S., 1900. 1. 190, D. P., 1901. 1. 206.

[2] Paris, 15 mars 1905, précité.

[3] Trib. civ. Lyon, 16 juill. 1900, précité. — Lorsqu'un fonctionnaire demande au greffier d'un tribunal la restitution d'une pièce qu'il a dû produire à l'occasion de sa prestation de serment, les juges peuvent l'autoriser à prouver par témoins que cette pièce a été réellement déposée par lui entre les mains du greffier, s'il est constaté que celui-ci est dans l'usage de refuser aux déposants tout récépissé ou reconnaissance. Req., 25 juin 1877, S., 78. 1. 118, D. P., 78. 1. 27.

[4] C. d'app. de Rome, 7 février 1905, précité.

dans l'art. 1348 n'ont rien de limitatif, ils peuvent cependant servir à déterminer la portée de la condition requise par la loi pour l'admissibilité de la preuve testimoniale. Or on voit par certains de ces exemples que, si le législateur se contente d'une impossibilité morale, il veut du moins que cette impossibilité soit effective (1).

Il a été jugé, en conséquence, que la personne qui a fait faire son portrait par un peintre, n'est pas recevable à invoquer des présomptions, si graves et concordantes qu'elles soient, pour établir qu'elle a payé à ce peintre le prix convenu; l'usage où sont les peintres de ne pas donner de reçus à leurs clients ne constitue pas, pour ces derniers, une impossibilité morale de se procurer une preuve écrite de leur libération (2).

Une autre décision judiciaire a déclaré que des rapports de parenté entre créancier et débiteur ne créaient pas une impossibilité de retirer une preuve écrite (3).

2622. La question de savoir s'il y avait impossibilité pour le demandeur de se ménager une preuve par écrit est-elle une question de droit ou une question de fait? Toullier se déclare formellement pour la seconde solution : « C'est une pure question de fait, dit-il, et, de quelque manière qu'ils (les magistrats) prononcent, soit qu'ils admettent, soit qu'ils rejettent la preuve testimoniale, en décidant que, dans le cas proposé, il y avait ou qu'il n'y avait pas d'impossibilité suffisante pour le créancier de se procurer une preuve littérale, le jugement ou l'arrêt ne peut être, avec succès, déféré à la censure de la cour de cassation, parce qu'il n'y a point de loi violée. Ce n'est, on le répète, que la décision d'une question

(1) C. supér. de justice de Luxembourg, 9 fév. 1900, S., 1900. 4. 20. — V. dans le même sens Larombière, VI, p. 541 *in fine* (art. 1348, n. 5, al. 2); Laurent, XIX, n. 577-578; Huc, VIII, n. 295, p. 375. — Bordeaux, 13 juin 1833, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4876-3° et v° *Compét. civ. des trib. d'arrond.*, n. 267. — La difficulté qu'il peut y avoir pour un donataire à demander au donateur un écrit constatant la libéralité dont il le gratifie, ne saurait être assimilée à l'impossibilité morale de se procurer une preuve littérale. — Amiens, 5 mars 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 20.

(2) Trib. com. Seine, 26 mars 1897, *Droit*, 2 juin 1897.

(3) Trib. Malines, 3 mai 1877, *Pasicr.*, 77. 3. 320. — V. cependant Bourges, 19 mai 1826, S. chr., VIII. 2. 235, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4875-1°.

de fait » (1). Mais Laurent soutient l'opinion contraire : « Sans doute, dit-il, l'appréciation de l'impossibilité échappera le plus souvent à la cassation, mais ce n'est pas à dire que le juge du fait soit souverain; son jugement peut être cassé s'il admet comme impossibilité des faits qui, par leur nature même, ne constituent aucune impossibilité » (2). Nous ne sommes point de cet avis. Dans le système de Laurent, la cour suprême, tout en prenant les faits tels qu'ils sont constatés par les juges du fond, a le pouvoir d'apprécier si l'on pouvait, oui ou non, rédiger un acte. Mais la question, même ainsi présentée, n'a-t-elle pas le caractère de question de fait? La cour de cassation, si elle l'examinait, ne sortirait-elle pas de son rôle ?

Pour que la question qui nous occupe fût une question de droit, il faudrait, suivant la formule de Labbé, que la cour suprême pût « déterminer à l'avance et d'une façon générale et abstraite les circonstances dans lesquelles il y aurait possibilité ou impossibilité » (3). Or cela nous paraît irréalisable.

La cour de cassation, d'ailleurs, partage la manière de voir de Toullier. On lit dans une décision rendue par la chambre des requêtes le 18 mai 1841 : « Attendu que l'arrêt attaqué *déclare en fait* qu'il n'a pas dépendu des époux X... de se procurer une preuve écrite de l'existence, dans la succession de Z..., des titres relatifs à certaines créances; — Etqu'en admettant la preuve testimoniale dans ce cas, excepté nommément par l'art. 1348 C. civ., la cour royale de Pau a fait une juste application dudit article, et par suite n'a pu violer l'art. 1341, même code » (4).

La même chambre a reproduit cette formule dans un arrêt du 15 juin 1892. Le pourvoi était fondé notamment sur ce moyen : « Violation des art. 1341 et 1348 C. civ., en ce que le jugement attaqué a admis la preuve par témoins d'une prétendue obligation dont le chiffre excédait 150 francs, et cela

(1) IX, n. 203, dern. al.
(2) XIX, n. 577, al. 2 *in fine*, p. 596 *in medio*.
(3) S., 93. 1. 282, col. 2, note 1.
(4) S., 41. 1. 545, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4877-5°.

sous le prétexte que le créancier se serait trouvé dans l'impossibilité morale de se procurer un titre écrit, *alors qu'il résulte des constatations mêmes du jugement que cette impossibilité n'existait pas* ». Quant à ce moyen, la chambre des requêtes se borne à dire : « Attendu que le jugement attaqué *déclare en fait* qu'il n'a pas été possible aux défendeurs éventuels de se procurer une preuve écrite de l'engagement contracté à leur profit par le demandeur devant les experts et à l'occasion du compte de sortie réglé par ces derniers entre le fermier et le propriétaire; qu'en admettant la preuve testimoniale dans ce cas, excepté nommément par l'art. 1348 C. civ., ledit jugement a fait une juste application dudit article, et, par suite, n'a pu violer l'art. 1341 du même code » (1).

Tout récemment (27 mars 1907), la chambre des requêtes s'est prononcée de nouveau dans le même sens, en termes encore plus nets : « Attendu que les juges du fait sont investis à cet égard d'un pouvoir souverain d'appréciation; qu'il suffit qu'ils aient constaté, d'après les circonstances de la cause, une impossibilité de se procurer une preuve écrite pour que la preuve testimoniale soit légalement admissible; d'où il suit que la décision attaquée, suffisamment motivée, échappe au contrôle de la cour de cassation » (2).

Les passages d'arrêts que nous venons de citer supposent évidemment que la cour suprême ne prétend nullement jouir du pouvoir d'appréciation que Laurent lui attribue (3).

Le système de Toullier et de la cour de cassation laisse, il est vrai, la porte ouverte à des abus. Les juges du fait pourront toujours, en admettant arbitrairement l'existence d'une impossibilité, écarter l'application de l'art. 1341. Mais, en réalité, cette critique s'adresse à la loi, dont il ne nous appartient pas de dénaturer la disposition (4).

2622I. Toutefois, quand une partie qui demande à prouver par

(1) S., 93. 1. 281, D. P., 92. 1. 596.
(2) S., 1907. 1. 209.
(3) V. Labbé, note précitée, S., *loc. cit.*
(4) V. cependant Lyon-Caen, note sous l'arrêt précité de la chambre des requêtes, du 27 mars 1907, S., 1907, 1. 209, col. 3. Cet auteur se prononce dans le même sens que Laurent.

témoins un fait juridique, prétend qu'elle n'avait pas le moyen de s'en procurer une preuve par écrit, les tribunaux ne sauraient, pour rejeter cette demande, invoquer simplement le principe qui exige la rédaction d'un acte. Ainsi, dans le cas où une partie excipe de sa qualité de frère de l'autre partie et des conditions d'intimité qui existaient entre elles pour prétendre que, s'étant trouvée dans l'impossibilité morale de réclamer un écrit constatant le dépôt, par elle fait entre les mains de son frère, d'un certain nombre de valeurs mobilières, elle doit être autorisée à prouver ce dépôt par témoins, les juges ne peuvent pas se borner à opposer les termes absolus de l'art. 1923, sans examiner si l'impossibilité alléguée existait véritablement; il y a là un défaut de motifs justifiant la cassation de leur décision (1).

N° 1. *Cas prévus par l'art. 1348.*

a. Obligations nées de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits.

1° *Obligations nées de quasi-contrats.*

2623. Pourquoi peut-on prouver par témoins l'obligation née d'un quasi-contrat? Pothier répond : « Comme cette obligation se contracte sans le fait de celui envers qui elle est contractée, et qu'il n'a pas été en son pouvoir de s'en procurer une preuve littérale, on ne peut lui refuser la preuve testimoniale du fait qui l'a produite » (2).

Mais, nonobstant la généralité de l'expression légale, il n'est pas vrai d'une manière absolue que la preuve par témoins soit toujours admissible en matière de quasi-contrats; elle ne le sera que pour les créances que l'on aura été dans l'impossibilité de faire constater par écrit. Rappelons-nous, en effet, que les applications faites par l'art. 1348 du principe formulé dans son premier alinéa doivent être entendues dans le même sens que ce principe (3).

2624. α. Plaçons-nous spécialement au point de vue de la gestion d'affaires. Il est évident que le maître dont l'affaire a

(1) Civ. cass., 25 juin 1900, S., 1901. 1. 328.
(2) *Oblig.*, n. 813 (édit. Dupin, I, p. 474).
(3) V. *supra*, n. 2619 *in fine*.

été gérée n'a pu se ménager la preuve littérale des faits accomplis par le gérant : « Par exemple, dit Pothier, si quelqu'un, pendant mon absence, a fait valoir mes terres, a fait la moisson, les vendanges, a vendu les blés et les vins qui en sont provenus, il doit me rendre compte de cette administration. S'il disconvient de cette administration, la preuve testimoniale ne m'en peut être refusée, car je n'ai pu m'en procurer une autre preuve » (1). Il s'agit ici de faits matériels, par conséquent de faits auxquels ne s'applique pas la disposition de l'art. 1341. Et l'art. 1348 ne distinguant pas, cette solution doit être admise même dans le cas où le propriétaire connaissait la gestion (2).

Au contraire le gérant peut souvent faire constater par écrit les causes de son action en indemnité, notamment les paiements par lui faits, pour le compte du maître, d'une somme dépassant 150 fr., et alors il ne peut pas recourir à la preuve testimoniale (3).

2625. β. De même, en général, la règle que nous étudions ne s'applique pas au quasi-contrat résultant du paiement de l'indu. La personne qui prétend avoir payé une somme qu'elle ne devait pas, pouvait et partant devait en retirer une quittance. Si elle ne l'a pas fait, elle a commis une infraction à

(1) *Oblig.*, n. 813, al. 2 (édit. Dupin, I, p. 474). — Toullier, IX, n. 141; Duranton, XIII, n. 356; Bonnier, *op. cit.*, n. 154; Mourlon, II, n. 1610; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 345; Larombière, VI, p. 545 (art. 1348, n. 9); Demolombe, XXX, n. 152; Laurent, XIX, n. 547, et XX, n. 313; Huc, VIII, n. 296, p. 376; Planiol, II, 1re édit., n. 1165-2°, 2e et 3e édit., n. 1121-2°. — Bourges, 10 décembre 1830, S., 31. 2. 165, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4880. — Civ. rej., 19 mars 1845, S., 45. 1. 262, D. P., 45. 1. 186. — Bourges, 6 août 1845, S., 47. 2. 160, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4880. — Metz, 19 novembre 1855, S., 56. 2. 478, D. P., 57. 5. 287. — Req., 2 mai 1892, S., 92. 1. 304, D. P., 93. 1. 316 : « Attendu, en droit, dit la cour de cassation dans cet arrêt, que la gestion volontaire des affaires d'autrui, reposant uniquement sur des faits, ne peut être soumise, quant à la preuve de son existence, aux prohibitions édictées par les art. 1341 et 1985 C. civ. ». — V. aussi Req., 18 février 1878, S., 81. 1. 72. — Civ. rej., 12 mars 1889, S., 89. 1. 249, D. P., 90. 1. 15.

(2) Larombière, VI, p. 545 (art. 1348, n. 9, al. 3); Demolombe, XXX, n. 153; Laurent, XIX, n. 547, al. 2, p. 557. — V. cependant, Duranton, XIII, n. 357.

(3) Mourlon, *loc. cit.*; Colmet de Santerre, V, n. 322 *bis*-I; Demolombe, XXX, n. 156; Laurent, XIX, n. 548; Planiol, *loc. cit.* — Bruxelles, 13 janvier 1820, *Pasicr.*, 1820, p. 12, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4883. — Civ. cass., 6 février 1878, S., 78. 1. 296, D. P., 78. 1. 167.

la règle de l'art. **1341** ; elle n'est donc pas recevable à faire entendre des témoins (1).

Mais, dans le cas suivant, il faut admettre la solution contraire : me croyant débiteur, j'ai payé la dette d'autrui. En principe, j'ai le droit de répétition contre le créancier. Toutefois si, par suite du paiement, il a supprimé son titre, je n'ai plus qu'un recours contre le véritable débiteur. Je peux alors prouver par témoins, contre celui-ci, l'existence de sa dette, sans quoi le recours qui m'est accordé par le second alinéa de l'art. **1377** serait illusoire (2).

2° Obligations nées de délits ou de quasi-délits.

2626. En cette matière, la solution consacrée par notre article est exacte d'une manière absolue : « La preuve testimoniale des délits et des quasi-délits, dit Pothier, ne peut *jamais* être refusée à celui envers qui ils ont été commis, à quelque somme que puisse monter la réparation par lui prétendue ; car il est *évident* qu'il n'a pu être en son pouvoir de s'en procurer une autre preuve » (3).

Nous devons toutefois faire une précision. Certains délits se rattachent à un fait juridique antérieur, par exemple à un contrat dont ils sont la violation. Il est bien permis de les prouver par témoins, mais le fait juridique dont ils supposent la préexistence doit être prouvé par écrit, ou, du moins, la preuve testimoniale n'en est admissible que d'après les principes exposés plus haut (4).

Il en est ainsi, d'ailleurs, soit devant les tribunaux civils,

(1) Duranton, XIII, n. 358; Bonnier, *op. cit.*, n. 154; Mourlon, *loc. cit.*; Colmet de Santerre, V, n. 322 *bis*-I *in fine;* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 345; Larombière, VI, p. 547-548 (art. 1348, n. 12); Demolombe, XXX, n. 158; Laurent, XIX, n. 553; Arntz, III, n. 393, p. 201 *in fine;* Thiry, III, n. 157 *bis*, p. 189; Huc, VIII, n. 296, p. 376.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 345, texte et note 6; Larombière, VI, p. 548-549 (art. 1348, n. 13); Demolombe, XXX, n. 160; Laurent, XIX, n. 554; Arntz, *loc. cit.*

(3) *Oblig.*, n. 811, édit. Dupin, I, p. 474.

(4) Zachariæ, § 758, texte et note 5; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 346, texte et note 8; Larombière, VI, p. 561-562 (art. 1348, n. 23); Demolombe, XXX, n. 162; Laurent, XIX, n. 556, et XX, n. 548; Huc, VIII, n. 297, p. 377 *in fine*. — Crim. cass., 3 juin 1892, S., 92. 1. 431, D. P., 93. 1. 300. — V. aussi Crim. rej., 3 janv. 1890, S., 90. 1. 144.

soit devant les tribunaux de justice répressive, car l'art. 1341 est conçu en termes généraux (1). Et, dans la dernière hypothèse, par la même raison, il n'y a pas à distinguer entre l'action civile et l'action publique; il faut, en ce qui regarde la preuve, se conformer aux dispositions de droit commun même lorsque le ministère public requiert l'application d'une peine dans l'intérêt de la vindicte sociale (2).

Ces solutions doivent être admises notamment en matière d'abus de confiance (3), d'abus de blanc-seing (4), de faux serment prêté en matière civile (5).

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 346, texte et note 8; Larombière, VI, p. 563 (art. 1348, n. 24); Demolombe, XXX, n. 163 et 164; Laurent, XIX, n. 557.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 346, texte et note 9; Larombière, VI, p. 567-568 (art. 1348, n. 26); Demolombe, XXX, n. 163 et 165; Laurent, XIX, 557, al. 2, p. 567 *in fine*.

(3) Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Suppression de titre*, § 1; Toullier, IX, n. 145 à 155; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 346 *in fine;* Larombière, VI, p. 569 (art. 1348, n. 26, dern. al.); Demolombe, XXX, n. 162 et 167; Laurent, XIX, n. 556, al. 2, p. 564 *in fine;* Huc, *loc. cit.;* Chauveau et Faustin-Hélie, *Théorie du Code pénal*, 6e édit., V, n. 2306 s.; Blanche, *Etudes pratiques sur le Code pénal*, 2e édit., VI, n. 273 s. — Crim. cass., 21 mars 1811, S. chr., III. 1. 311. — Crim. rej., 2 déc. 1813, S. chr., IV. 1. 478, D., *Répert. alph.*, v° *Abus de confiance*, n. 65. — Crim. cass., 5 mai 1815, S. chr., V. 1. 48, D., *op.* v° *cit.*, n. 187; 10 avril 1819, S. chr., VI. 1. 58, D., *ibid.* — Metz, 31 janv. 1821, D., *ibid.* — Crim. cass., 26 sept. 1823, S. chr., VII. 1. 325; 16 mai 1829, S. chr., IX. 1. 293. — Civ. rej., 23 déc. 1835, S., 36. 1. 141. — Crim. cass., 25 janv. 1838, D., *ibid.;* 20 avril 1844, S., 44. 1. 848. — Limoges, 14 nov. 1844, S., 45. 2. 177, D. P., 45. 4. 423. — Crim. rej., 12 août 1848, S., 49. 1. 298. — Angers, 1er juil. 1850, S., 50. 2. 476. — Crim. cass., 3 juin 1853, D. P., 53. 5. 6. — Crim. rej., 21 juil. 1860, D. P., 61. 1. 41. — Bruxelles, 6 juil. 1867, *Pasicr.*, 69. 2. 130. — Trib. corr. Seine, 12 août 1882, S., 82. 2. 256. — Crim. cass., 3 juin 1892, précité. — Trib. corr. Toulouse, 27 mars 1895, *Gaz. Trib.*, 22 août 1895. — Douai, 19 fév. 1900, D. P., 1900. 1. 483. — Crim. rej., 14 juin 1906, S., 1906. 1. 293. — V. aussi Crim. cass., 8 déc. 1849, D. P., 50. 5. 5. — Req., 5 août 1880, S., 81. 1. 52, D. P., 81. 1. 211. — Bordeaux, 5 oct. 1889, D. P., 91. 2. 80. — Crim. cass., 28 oct. 1898, S., 1900. 1. 250.

(4) Merlin, *Répert.*, v° *Blanc-seing;* Le Sellyer, *Tr. de dr. crim.*, I, n. 1488; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 347; Larombière, *loc. cit.;* Demolombe, XXX, n. 168; Laurent, XIX, n. 556, al. 3, p. 565 *in medio;* Chauveau et Faustin-Hélie, Blanche, *loc. cit.* — Crim. rej., 5 mai 1831, S., 31. 1. 188. — Toulouse, 5 juin 1841, S., 42. 2. 12. — Riom, 30 mars 1844, S., 44. 2. 321. — Req., 3 mai 1848, S., 48. 1. 321, D. P., 48. 1. 145. — Orléans, 7 fév. 1853, S., 53. 2. 621, D. P., 55. 5. 3. — Nancy, 15 juin 1857, S., 58. 2. 86. — Colmar, 21 juil. 1869, D. P., 69. 2. 219. — Lyon, 10 août 1881 (Sol. impl.), D. P., 82. 2. 65. — Crim. rej., 5 janv. 1883, D. P., 83. 1. 366. — Lyon, 2 fév. 1904, S., 1905. 2. 75, D. P., 1904. 2. 325. — Cpr. Crim. rej., 26 sept. 1861, S., 62. 1. 223; 22 avril 1864, S., 64. 1. 245.

(5) *Sic* Merlin, *Répert.*, v° *Serment*, § 2, art. 2, n. VIII; Toullier, X, n. 388;

b. Dépôts nécessaires.

1° *Dépôts nécessaires proprement dits.*

2627. Tandis que l'art. 1341 applique expressément aux dépôts *volontaires* les règles prohibitives de la preuve testimoniale, l'art. 1348, dans son 2°, porte, au contraire, que ces règles sont étrangères « aux dépôts *nécessaires* faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage ». Revenant sur cette dernière proposition dans le titre spécial *Du dépôt*, le législateur dit dans l'art. 1949 : « Le dépôt nécessaire est celui qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage *ou autre événement imprévu* ». Et dans l'art. 1950 : « La preuve par témoins peut être reçue pour le dépôt nécessaire même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de 150 fr. ». Le dépôt dont il s'agit ici est le *depositum miserabile* du droit romain, le dépôt

Legraverend, *Législation criminelle*, I, p. 41; Mangin, *Tr. de l'action publique*, I, n. 173: Chauveau et Faustin-Hélie, *op. cit.*, 6e édit., IV, n. 1832; Blanche, *op. cit.*, V, n. 403; Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit.*: Demolombe, XXX, n. 169. — Crim. cass., 5 septembre 1812, S. chr., IV. 1. 186, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4896-1°; 17 juin 1813, S. chr., IV. 1. 372; D., *op.* et v° *cit.*, n. 4896-2°; 12 septembre 1816, S. chr., V. 1. 238, D., *op. cit.*, v° *Domm. destruc.*, n. 199. — Amiens, 24 août 1842, S., 43. 2. 539, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4896-4°. — Cour d'assises du Loiret, 6 nov. 1843, S., 44. 2. 68, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4896-3°. — Crim. rej., 16 août 1844, S., 44. 1. 714, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4896-4°. — Crim. cass., 29 mars 1845, S., 45. 1. 397, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4896-6°. — Crim. rej., 25 avril 1845, S., 45. 1. 480, D. P., 45. 1. 241; 15 nov. 1847, S., 48. 1. 80, D. P., 47. 1. 375; 17 juin 1852, S., 53. 1. 41, D. P., 52. 5. 504. — Crim. cass., 22 mars 1878, S., 79. 1. 233, D., 78. 1. 442. — Rennes, 8 mars 1882, D. P., 84. 2. 143. — Limoges, 26 fév. 1885, S., 86. 2. 43. — La jurisprudence belge est en sens contraire. — Cass. Belgique, 6 sept. 1878, *Pasicr.*, 78. 1. 385. — Bruxelles, 23 mai 1881, *Pasicr.*, 81. 2. 184. — Gand, 9 nov. 1881, *Pasicr.*, 81. 2. 84. — Cass. Belgique, 29 mai 1882, S., 83. 4. 5. — Cour d'appel Bruxelles, 29 juil. 1882, S., *ibid.* — V. dans le même sens, parmi les auteurs belges, Limelette, *Code de proc. pén. appliqué*, sur l'art. 16, n. 3; Nypels, *Code pén. belge interprété*, sur l'art. 226, I, p. 572. — Cette solution est admise en Belgique même depuis la loi du 17 avril 1868, bien que l'art. 16 de cette loi porte que « lorsque l'infraction se rattache à l'exécution d'un contrat dont l'existence est déniée, le juge de répression, en statuant sur l'existence du contrat, se conforme aux règles du droit civil ». — Cass. Belgique, 29 mai 1882, précité. — On peut, d'ailleurs, trouver en France quelques autorités dans ce dernier sens, quant à l'exercice de l'action publique. Rauter, *Tr. théor. et prat. de dr. crim.*, II, p. 500; Poujol, *Dissertation*, v° *Rev. étrang.*, 1840, p. 656; Bonnier, *op. cit.*, n. 427. — Crim. rej., 21 août 1834, S., 35. 1. 119, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4835-2°.

nécessaire proprement dit. Les circonstances qui le provoquent ne laissent pas au déposant le loisir de se procurer un acte destiné à le constater (1). « Dans ces événements désastreux, dit le tribun Jaubert, le malheureux qui en est la victime n'a ni le temps ni les moyens de prendre des précautions. Ces dépôts d'ailleurs se font sous la foi publique. N'est-ce pas aussi une espèce de délit de la part de celui qui les viole? » (2).

Il résulte du rapprochement de l'art. 1348-2° et de l'art. 1949 que, si le premier de ces textes ne cite que les cas d'incendie, ruine, tumulte et naufrage, il ne renferme pas une énumération limitative et que sa disposition est applicable aux dépôts nécessités par d'autres événements imprévus (3) tels qu'une incursion d'ennemis (4), une inondation (5) ou un tremblement de terre (6).

2628. Nous devons faire observer que la personne qui réclame un dépôt fait dans l'un des cas prévus par le 2° de l'art. 1348 ou dans un cas analogue, doit prouver d'abord la circonstance qui a donné lieu au depôt; en second lieu, le dépôt lui-même, enfin la nécessité où elle s'est trouvée d'y procéder pour empêcher que les choses déposées ne fussent perdues (7).

La preuve testimoniale est, d'ailleurs, admissible non seu-

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 814 (édit. Dupin, I, p. 474). — V. aussi Guillouard, *Tr. du dépôt*, n. 124 et 125; Huc, XI, n. 254; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société, du prêt, du dépôt*, n. 1185.

(2) *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIII, p. 398 *in fine*, Locré, XII, p. 529, n. 29.

(3) Poujol, III, p. 304 (art. 1348, n. 23, al. 2); Laurent, XIX, n. 566. — Chambéry, 22 janv. 1903, D. P., 1905. 2. 287. — D'après cette décision, la preuve testimoniale est recevable quand le dépôt a eu lieu dans des circonstances qui ne laissaient au déposant ni la présence d'esprit ni même le temps nécessaire pour en demander et en obtenir un reçu régulier. — V. aussi Huc, XI, n. 253 *in fine*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 1182 *in fine*.

(4) Pothier, *op. cit.*, n. 814, dern. al. — V. aussi Guillouard, *op. cit.*, n. 122; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 1182.

(5) Guillouard, *op. cit.*, n. 122; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op.* et *loc. cit.*

(6) Guillouard, *op.* et *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op.* et *loc. cit.*

(7) Toullier, IX, n. 196; Chardon, *Tr. du dol et de la fraude*, n. 116; Duranton, XIII, n. 364; Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Preuve*, § 1; Larombière, VI, p. 573 (art. 1348, n. 29); Laurent, XIX, n. 566, dern. al., p. 584.

lement pour établir le fait même du dépôt, mais encore pour prouver la nature et la valeur des objets déposés [1].

2° *Dépôts d'hôtellerie.*

2629. La loi assimile aux dépôts nécessaires le *dépôt d'hôtellerie* [2], c'est-à-dire le dépôt que les voyageurs font de leurs effets dans les auberges ou dans les hôtelleries où ils logent : «...Le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire », dit l'art. 1952 *in fine*. Cette assimilation existe notamment au point de vue de la preuve. Après avoir dit que les règles prohibitives de la preuve testimoniale sont étrangères aux dépôts nécessaires, le 2° de l'art. 1348 ajoute : « et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie ». Le motif est le même que pour les dépôts nécessaires proprement dits : « On ne dresse point d'actes par écrit de ces dépôts, dit Pothier ; un hôte n'aurait pas le loisir de faire inventaire de toutes les choses que lui confient les voyageurs qui arrivent tous les jours et à tous moments chez lui » [3]. Toutefois, il n'y a pas là une impossibilité matérielle. L'hôtelier pourrait préposer un employé à la constatation des dépôts faits par les voyageurs. Mais il en résulterait des complications et des embarras. Il en résulterait aussi des frais, qui, en réalité, seraient à la charge des voyageurs. Faciliter la preuve des dépôts d'hôtellerie, c'est faciliter les voyages. Voilà ce que le législateur a considéré. Il a donc tenu compte d'une impossibilité simplement morale [4].

L'ordonnance de 1667 s'exprimait ainsi : « N'entendons... exclure la preuve par témoins pour dépôts faits en logeant dans une hôtellerie, *entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse*... » (tit. XX, art. 4). Il semblait résulter de ces derniers

[1] Aubry et Rau, 4e édit., VI, p. 627 *in fine ;* Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 1185.

[2] V. sur la preuve en matière de dépôt d'hôtellerie, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 1229-1232.

[3] *Oblig.*, n. 815.

[4] Toullier, IX, n. 203 ; Poujol, III, n. 299 *in fine*, et p. 304 *in fine*, art. 1348, n. 17 et 23 ; Laurent, XIX, n. 567. — V. aussi Colmet de Santerre, V, n. 323 *bis*-I ; Larombière, VI, p. 573 (art. 1348, n. 30) ; Demolombe, XXX, n. 192.

mots que la disposition précitée ne concernait pas les effets remis aux gens de service. Mais, d'après l'art. 1348, il suffit que les dépôts aient été faits « dans une hôtellerie ». Il n'est donc pas douteux que la disposition de cet article s'applique aux effets déposés par les voyageurs entre les mains des domestiques. Cela se comprend, car ces derniers sont les préposés de l'hôtelier, qui, d'ailleurs, ne pourrait pas recevoir tous les dépôts lui-même (1).

2630. Nonobstant ces expressions « dépôts faits par les voyageurs en *logeant* dans une hôtellerie », plusieurs auteurs décident que le 2° de l'art. 1348 est applicable à ceux qui prennent la nourriture ou simplement une *consommation* soit dans une hôtellerie, soit dans un établissement analogue, sans y loger. Peuvent donc être prouvés par témoins les dépôts faits dans les restaurants ou dans les cafés. On a même, à ce point de vue, assimilé aux hôtelleries les bains publics (2). D'ailleurs, alors même que les termes de l'art. 1952 et du 2° de l'art. 1348 feraient obstacle à ce qu'on pût considérer comme des dépôts d'*hôtellerie* ceux qui sont faits dans des restaurants, cafés ou établissements de bains, la preuve testimoniale de ces derniers dépôts pourrait être déclarée admissible. En effet, le législateur, au début de l'art. 1348, formule ce principe général que les deux prohi-

(1) Toullier, IX, n. 202; Poujol, III, p. 305 (art. 1348, n. 23, dern. al.); Larombière, VI, p. 574 (art. 1348, n. 31); Laurent, XIX, n. 567, al. 2, p. 585 *in fine*; Huc, VIII, n. 298.

(2) Merlin, *Quest. de droit*, v° *Dépôt nécessaire*; Troplong, *Du dépôt*, n. 228-229; Bonnier, *op. cit.*, n. 173; Larombière, VI, p. 575 (art. 1348, n. 34); Demolombe, XXX, n. 193; Agnel, *Code manuel des propriétaires et locataires, hôteliers, aubergistes et logeurs*, n. 954-956; Huc, VIII, n. 298. — Mais on estime, en général, que l'art. 1952 ne s'applique pas au dépôt fait à un restaurateur ou à un cafetier. V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 1241, et les nombreux auteurs et décisions judiciaires par eux cités. — *Adde* Trib. civ. Lyon, 11 mai 1900, S., 1904. 2. 21. — Il a été jugé plusieurs fois que les dépôts faits dans les établissements de bains sont des dépôts nécessaires. Trib. Rouen, 21 mars 1883, S., 85. 2. 167, D. P., 84. 3. 8. — Trib. paix Paris, 27 juill. 1887, *Mon. juges de paix*, 87. 402. — Trib. civ. Bruxelles, 10 fév. 1896, *Pasicrisie*, 96. 3. 98. — V. dans le même sens Merlin, *loc. cit.*, et *Conclusions*, sous Civ. rej., 4 juill. 1814, S. chr., IV. 1. 589; Troplong, *op. cit.*, n. 219; Pont, *Pet. contr.*, I, n. 527; Guillouard, *op. cit.*, n. 137; Huc, *loc. cit.*, et XI, n. 257. — Mais voyez en sens contraire Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 1244, et les autorités par eux citées.

bitions de l'art. 1341 cessent *toutes les fois* qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve littérale, et l'on est d'accord pour interpréter sa volonté en ce sens que la simple impossibilité morale suffit. Rappelons-nous que la disposition du 2° de l'art. 1348, comme celles du 1° et du 3°, n'est qu'une application de ce principe (1).

Nous estimons, par suite, que la preuve testimoniale est admissible quant aux dépôts de vêtements dans les vestiaires des théâtres ou entre les mains des ouvreuses (2).

En vertu du même principe, il faut en dire autant relativement aux chevaux et voitures des voyageurs (3), déciderait-on, par argument des mots « *effets apportés* » qui figurent dans l'art. 1952, qu'ils ne sont pas l'objet d'un dépôt d'hôtellerie (4).

A plus forte raison, la preuve testimoniale est-elle admissible contre les logeurs en garni. Peu importe qu'on ne prenne pas sa nourriture chez eux. Le motif de décider est le même. Au surplus, les logeurs en garni sont de véritables hôteliers (5).

2631. La remise d'objets destinés à être transportés ne doit pas être considérée comme un dépôt nécessaire ni même comme un dépôt volontaire (6). Quant au point de savoir comment elle peut être établie, la plupart des auteurs enseignent que, si le transport constitue un acte de commerce, la preuve testimoniale doit être admise, même au-dessus de 150 francs (7). Mais, dans l'hypothèse contraire, l'art. 1348

(1) V. *supra*, n. 2620.

(2) Paris, 23 avril 1902, S., 1904. 2. 261, D. P., 1903. 2. 323, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 6, *Gaz. Trib.*, 1902, 2e semestre, 2. 195, *Droit*, 19 juillet 1902, *Loi*, 16 juillet 1902.

(3) Huc, VIII, n. 298.

(4) V. dans ce dernier sens Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 1191.

(5) Masson, *Tr. des locations en garni;* Larombière, Demolombe, *loc. cit.* — V. sur l'application de l'art. 1952 aux logeurs en garni, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 1238, et les décisions citées par ces auteurs. — Il a été jugé que l'art. 1348 est applicable aux dépôts faits dans les maisons publiques par ceux qui viennent y passer la nuit. Aix, 20 juin 1867, D. P., 67. 5. 332.

(6) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, II, 1re édit., n. 1642, 2e édit., n. 2457, 3e édit., n. 3437.

(7) Sic Marcadé, V, art. 1348, n. VII; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 520, texte et note 6, 5e édit., V, p. 622-623, texte et note 6; Larombière, VI, p. 576 (art. 1348 n. 35); Demolombe, XXX, n. 195; Laurent, XIX, n. 569, et XXV, n. 522; Guillouard, *Tr. du louage*, II, n. 739. — *Contra* Bonnier, *op. cit.*, n. 173, al. 2; Colmet de

est-il applicable ? En général, on répond négativement. Cet article, dit-on, consacre une exception; il faut donc l'interpréter restrictivement. Aux termes de l'art. 1782, il est vrai : « Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes, dont il est parlé au titre *Du dépôt et du séquestre* ». Mais, fait-on observer, cette disposition est étrangère à la preuve, et, par suite, notre question doit être résolue d'après les règles du droit commun, représenté par l'art. 1341 (1).

Nous reconnaissons que la remise d'objets à transporter, ne constituant pas un dépôt nécessaire, n'est pas visée par le 2° de l'art. 1348. Nous reconnaissons même qu'en pratique celui qui remet les objets a, la plupart du temps, le moyen d'en obtenir une preuve littérale. Mais, si les juges, se fondant sur le principe posé en tête de l'art. 1348, déclaraient qu'à raison des circonstances du fait, il a été impossible de constater par écrit la remise des objets au voiturier et que la preuve testimoniale est, en conséquence, admissible, leur décision n'encourrait pas la censure de la cour de cassation (2).

Le législateur italien de 1865 a tenu compte dans une certaine mesure de l'analogie qui existe entre les deux situations que nous venons de rapprocher. Dans le 2° de l'art. 1348, après avoir parlé des dépôts « faits par les voyageurs dans les hôtels où ils logent », il ajoute : « ou aux voituriers qui les conduisent » (3).

3° *Disposition commune aux dépôts nécessaires proprement dits et aux dépôts d'hôtellerie.*

2632. Après avoir dit que les prohibitions de l'art. 1341 sont étrangères aux dépôts nécessaires et aux dépôts d'hôtel-

Santerre, V, n. 323 *bis*-II. — Troplong estime que la preuve testimoniale n'est admissible que si l'opération est commerciale de la part des deux contractants, *Louage*, n. 908.

(1) Duranton, XVII, n. 242; Duvergier, *Du louage*, II, n. 321; Marcadé, Larombière, Demolombe, *loc. cit.*; Colmet de Santerre, VII, n. 237 *bis*-I et n. 237 *bis*-II; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 348; Laurent, XXV, n. 520-522; Guillouard, *Tr. du louage, loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, 1re édit., n. 1615, 2e édit., n. 2471 *bis*, 3e édit., n. 3452.

(2) V. *supra*, n. 2622.

(3) Traduc. Orsier, p. 288.

lerie, le 2° de l'art. 1348 ajoute : « *le tout* suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait » (1). En écrivant ce texte, le législateur a voulu remédier aux déclarations mensongères ou exagérées : « L'expérience a appris, dit le tribun Jaubert, que si un homme incendié pouvait être la victime de ceux qui, sous le voile de l'humanité, ont paru vouloir lui porter secours, que si un voyageur a quelquefois éprouvé des infidélités de la part de son hôte, il est arrivé aussi et que l'homme incendié et que le voyageur ont voulu abuser du secours de la loi pour s'enrichir aux dépens d'autrui » (2).

Ainsi les juges ont un pouvoir d'appréciation en ce qui regarde soit la valeur et l'importance du dépôt allégué (3), soit même son existence. Il leur est donc permis de rejeter la preuve testimoniale si, à leurs yeux, il résulte de la qualité du demandeur que le dépôt n'a pas eu lieu. Cela peut se produire, par exemple, si un individu notoirement pauvre allègue avoir fait, pendant l'incendie de la maison où il habitait, un dépôt d'objets très précieux dont il se prétend propriétaire (4).

On peut dire aussi que, par la disposition reproduite ci-dessus, le législateur reconnaît aux juges le pouvoir d'apprécier, suivant les circonstances du fait, si le dépôt, lors même qu'il a eu lieu pendant un événement imprévu, a été véritablement forcé. Mais, comme une impossibilité morale suffit, les tribunaux doivent prendre en considération le trouble et la terreur que peuvent causer des accidents tels qu'un incendie ou un naufrage (5).

(1) La formule « suivant la condition des personnes et les circonstances du fait » a été empruntée à l'ordonnance de 1667, où elle figurait dans une disposition particulière aux dépôts d'hôtellerie (tit. XX, art. 4). Les auteurs du Code l'ont fait précéder de ces mots « le tout » et l'ont appliquée non seulement aux dépôts d'hôtellerie, mais encore aux dépôts nécessaires proprement dits.

(2) *Rapport* au Tribunat, Fenet, XIII, p. 399, Locré, XII, p. 530, n. 29.

(3) Civ. rej., 2 août 1864, S., 64. 1. 461, D. P., 64. 1. 373.

(4) Toullier, IX, n. 203; Duranton, XIII, n. 394; Colmet de Santerre, V, n. 323 *bis*-III; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 348; Larombière, VI, p. 574-575 (art. 1348, n. 32 et 33); Demolombe, XXX, n. 194; Laurent, XIX, n. 568.

(5) Laurent, *loc. cit.*

c. Obligations contractées en cas d'accidents imprévus.

2633. Le principe que la preuve testimoniale est admissible toutes les fois qu'il a été impossible au créancier de se procurer une preuve littérale est appliqué par le 3° de l'art. 1348 : « *Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit* ».

Cette application ne fait pas double emploi avec la précédente. L'incendie, la ruine, le tumulte et le naufrage sont, il est vrai, des *accidents imprévus*. Mais le 3°, conçu en termes plus généraux que le 2°, embrasse, à la différence de celui-ci, des obligations qui n'ont pas pour source des dépôts nécessaires. On peut citer, à titre d'exemple, le cas suivant : au cours d'un voyage dans un pays désert, je rencontre un ami qui vient d'être dévalisé par des brigands ou qui a perdu sa bourse ; je lui prête une somme d'argent supérieure à 150 francs. Les circonstances dans lesquelles je consens ce prêt ne me permettent pas d'en obtenir la preuve littérale ; je serai donc recevable en cas de contestation à le prouver par témoins (1).

Il est évident qu'on ne saurait énumérer les obligations qui peuvent être contractées sous l'influence d'accidents imprévus.

Mais on remarquera que, dans le 3°, la loi précise les conditions qu'elle exige : il ne suffit pas que l'obligation soit née dans un cas d'accident imprévu, il faut aussi qu'à raison de la nature de ce fait il ait été impossible de rédiger un écrit. Ainsi, quand la partie qui allègue un accident imprévu aurait pu s'en procurer une preuve littérale, elle n'est pas recevable à l'établir par témoins. Tel serait le cas d'un gardien judiciaire qui aurait négligé de faire constater par écrit la mort accidentelle des bestiaux confiés à sa garde et qui demanderait à la prouver au moyen de témoignages (2).

(1) Toullier, IX, n. 199 ; Duranton, XIII, n. 367 ; Bonnier, *op. cit.*, n. 172 ; Larombière, VI, p. 578 (art. 1348, n. 39) ; Demolombe, XXX, n. 199 ; Laurent, XIX, n. 570. — V. aussi Crim. rej., 31 déc. 1874, S., 75. 1. 238.

(2) Req., 5 juil. 1825, S. chr., VIII. 1. 149, col. 3, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4916.

N° 2. *Cas non prévus par l'art. 1348.*

2634. Celui qui attaque, pour cause de violence, d'erreur ou de dol, un contrat ou un autre acte juridique, est recevable à prouver par témoins l'existence de ce vice du consentement; il lui a été impossible, en effet, de s'en procurer une preuve littérale (1).

Toutefois, en cas d'allégation de dol, si l'acte juridique dont on poursuit l'annulation est dénié par l'adversaire, la preuve testimoniale, bien qu'elle puisse être employée quant aux manœuvres dolosives, n'est pas admissible pour établir l'existence de l'acte vicié, à moins qu'il n'y ait entre le dol et cet acte une telle connexité que l'impossibilité de se procurer une preuve littérale se soit produite pour celui-ci comme pour celui-là (2).

2635. A plus forte raison les tiers peuvent-ils prouver par témoins qu'un acte juridique est frauduleux ou simulé.

Cette proposition s'applique notamment à l'action paulienne (3) ou à l'action en déclaration de simulation (4) que des créanciers dirigent contre des actes faits par leur débiteur.

(1) Merlin, *Répert.*, v° *Dol*, n. 6; Toullier, IX, n. 172, 173, 177, 190 et 192; Duranton, X, n. 196, et XIII, n. 333; Bonnier, *op. cit.*, n. 141; Zachariæ, § 761, texte et notes 6 et 7; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 348, texte et note 17; Larombière, VI, p. 549 *in fine* (art. 1348, n. 15); Demolombe, XXX, n. 171-172; Laurent, XIX, n. 580-581; Arntz, III, n. 393 *in fine;* Thiry, III, n. 157 *bis*, p. 189 *in medio*. — V. pour le cas de violence Req., 5 fév. 1828, S. chr., IX, 1. 25, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4934 et 193. — Trib. com. Orthez, 27 fév. 1892, *Loi*, 31 mai 1892. — Req., 6 avril 1903, D. P., 1903. 1. 301, *Gaz. Pal.*, 1903. 1. 728. — Pour le cas d'erreur, Req., 20 fév. 1811, S chr., III. 1. 298, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4935-2°. — Colmar, 21 juin 1811, D., *ibid.* — Req., 1er fév. 1832, S., 32. 1. 139, D., *op.* et v° *cit.*, n 5043-7°; 20 déc. 1832, S., 33. 1. 344, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5043-8°; 3 juin 1835, S., 35. 1. 428, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4935-3°; 4 fév. 1836, S., 36. 1. 839, D., *op.* et v° *cit.*, n. 3112-4°. — Crim. rej., 28 nov. 1838, S., 39. 1. 813. — Trib. civ. Marseille, 6 août 1891, *Rec. d'Aix*, 1891. 2. 291. — V. aussi Req., 25 nov. 1895, D. P., 96. 1. 230.

(2) Toullier, IX, n. 186 et 187; Zachariæ, § 761, texte et note 9; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 349, texte et notes 18 et 19; Larombière, VI, p. 550-553 (art. 1348, n. 16 et 17); Demolombe, XXX, n. 173-177; Laurent, XIX, n. 581, al. 2.

(3) V. Toullier, IX, n. 164; Duranton, X, n. 586; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 350; Larombière, II, p. 248 (art. 1167, n. 41), et VI, p. 560 (art. 1348, n. 21); Demolombe, XXV, n. 204, et XXX, n. 178; Laurent, XVI, n. 450. — Trib. civ. Rennes, 14 août 1891, D. P., 93. 2. 346. — V. aussi notre tome I, n. 666.

(4) V. notre tome I, n. 737, et *supra*, n. 2569.

De même la preuve testimoniale est admissible de la part d'héritiers réservataires en tant qu'ils demandent à établir l'atteinte portée à leurs droits par des donations déguisées (1).

Tel est aussi le cas en ce qui regarde les héritiers réservataires ou non, qui prétendent que leur auteur a fait, soit par l'intermédiaire de personnes interposées, soit sous les apparences de contrats à titre onéreux, des dispositions au profit de personnes incapables de recevoir (2).

L'art. 1348 est également applicable aux héritiers qui demandent à prouver par témoins des faits donnant lieu à rapport (3).

Mais les créanciers qui se bornent à exercer les droits et actions de leur débiteur en vertu de l'art. 1166, sont, au

(1) Bonnier, *op. cit.*, n. 140; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 350, Larombière, VI, p. 560 (art. 1348, n. 21, al. 2); Demolombe, XXX, n. 180; Laurent, XII, n. 329, al. 2, et XIX, n. 588. — Civ. cass., 10 juin 1816, S. chr., V. 1. 200, col. 3 *in fine*, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4956-2°, 3114-1°. — Bordeaux, 22 janv. 1828, S. chr., IX. 2. 19. — Req., 31 juil. 1833, S., 33. 1. 840, D., *op. cit.*, v° *Contr. de mar.*, n. 381. — Toulouse, 15 mars 1834, S., 34. 2. 537, D., *op. cit.*, v° *Succession*, n. 310. — Bordeaux, 7 mars 1835, S., 35. 2. 263, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 4956, 5050-3°. — Pau, 21 mars 1860, D. P., 61. 2. 96. — Orléans, 23 fév. 1861, D. P., 61. 2. 96. — Req., 18 août 1862, S., 63. 1. 265, D. P., 63. 1. 144. — Pau, 6 juin 1864, S., 65. 2. 105. — Req., 20 mars 1865, S., 65. 1. 208, D. P., 65. 1. 285. — Req., 1er avril 1885, S., 86. 1. 168.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 812 (édit. Dupin, I, p. 474); Toullier, V, n. 77, et IX, n. 164, al. 3; Duranton, VIII, n. 267; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 350; Larombière, VI, p. 561 (art. 1348, n. 21, al. 3); Demolombe, XXX, n. 179; Laurent, XIX, n. 588, al. 3, 4 et 5, p. 610 *in fine* et p 611; Planiol, III, n. 2986. — Req., 27 avril 1830, S. chr., IX. 1. 303, D., *Rép. alph.*; v° *Dispos. entre vifs*, n. 463-3°, 325. — Toulouse, 22 janv. 1838, S., 38. 2. 129, D., *op.* et v° *cit.*, n. 321, et, sur pourvoi, Req., 2 juil. 1839, S., 39. 2. 626, D., *ibid.* — Angers, 28 janv. 1848, S., 49. 2. 217, D. P., 49. 2. 92. — Colmar, 22 mai 1850, D. P., 52. 2. 288. — Paris, 27 juin 1850, D. P., 50. 2. 170. — Paris, 20 mai 1851, D. P., 52. 2. 289 — Req., 13 janv. 1857, S., 57. 1. 182, D. P., 57. 1. 197; 3 mars 1857, S., 57. 1. 182, D. P., 57. 1. 197. — Angers, 23 fév. 1859, S., 59. 2. 136, D. P., 59. 2. 96. — Req., 28 mars 1859, S., 60. 1. 346, D. P., 59. 1. 442. — Limoges, 13 mai 1867, D., 67. 2. 81. — Grenoble, 29 fév. 1872, S., 74. 2. 87, D. P., 74. 5. 168. — Lyon, 10 janv. 1883, S., 84. 2. 136, D. P., 83. 2. 231. — Req., 15 déc. 1891, S., 92. 1. 23, D. P., 92. 1. 116. — Dijon, 17 fév. 1897, D. P., 98. 2. 61.

(3) Laurent, XII, n. 329, al. 2, et XIX, n. 587; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des success.*, III, 1re édit., n. 3812, al. 3, 2e et 3e édit., n. 2929, al. 3. — Orléans, 26 juil. 1849, D. P., 50. 2. 29. — Bordeaux, 7 mai 1851, P., 53. 1. 442. — Orléans, 24 nov. 1855, S., 56. 2. 385, D. P., 56. 2. 259. — Civ. cass., 13 août 1866, S., 66. 1. 383, D. P., 66. 1. 467. — Orléans, 2 août 1890, D. P., 91. 2. 209. — Bruxelles, 28 fév. 1891, D. P., 91. 2. 362.

point de vue de la preuve, dans la même situation que lui, car ils n'agissent pas en leur nom personnel. Ils ne peuvent donc recourir à la preuve testimoniale que si elle est admissible de la part de ce débiteur (1).

2636. Lorsque c'est l'une des parties qui attaque un acte comme simulé, il faut, quant au point de savoir si elle peut recourir à la preuve testimoniale, faire une distinction.

En général, elle n'est pas admise à user de cette preuve. Cependant il en est autrement dans deux cas :

1° Si la simulation a été consentie sous l'influence de l'erreur, de la violence ou du dol (2) ;

2° Si la simulation a eu pour but de cacher une fraude à la loi (3), par exemple de déguiser sous les apparences d'une vente à réméré l'impignoration prohibée par l'art. 2078, al. 2, et par l'art. 2088 (4), ou de faire apparaître comme résultant d'un prêt d'argent une obligation qui a, en réalité, pour cause un dédit de mariage (5), une dette de jeu (6), un supplément de prix d'office (7), l'introduction de mar-

(1) Larombière, VI, p. 561 (art. 1348, n. 22).

(2) V. notre tome I, n. 737, al. 4.

(3) V. notre tome I, n. 737, al. 3.

(4) Larombière, VI, p. 557 (art. 1348, n. 19, al. 2).

(5) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 354, texte et note 31 ; Larombière, VI, p. 559 (art. 1348, n. 19) ; Demolombe, XXX, n. 184 ; Laurent, XIX, n. 598. — Lyon, 21 mars 1832, S., 32. 2. 391. — Chamb. réun. rej., 7 mai 1836, S., 36. 1. 574, D., *op. cit.*, v° *Mariage*, n. 90-3°. — Civ. cass., 11 juin 1838, S., 38. 1. 492 et 494, D., *op.* et v° *cit.*, n. 90-4°. — Nîmes, 25 janv. 1839, S., 39. 2. 177, D., *ibid.* — Gand, 26 mars 1852, *Pasicr.*, 53. 2. 182. — V. en sens contraire Devilleneuve, S., 36. 1. 579. — Civ. cass., 29 mai 1827, S. chr., VIII. 1. 608.

(6) Merlin, *Répert.*, v° *Jeu*, n. 4 ; Duranton, XIII, n. 332, et XVIII, n. 107 ; Troplong, *Tr. des contr. aléat.*, n. 64 ; Pillette, *Rev. prat.*, I, 1863, p. 444 ; Pont, *Pet. contr.*, I, n. 639 ; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 576 ; Larombière, *loc. cit.* ; Demolombe, XXX, n. 186 ; Laurent, XIX, n. 596 ; Guillouard, *Des contr. aléat.*, n. 45 *bis*, et 70 ; Frèrejouan du Saint, *Jeu et pari*, n. 80 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat.*, n. 152. — Limoges, 2 juin 1819, S. chr., VI. 2. 81, D., *Répert. alph.*, v° *Jeu et pari*, n. 53. — Grenoble, 6 déc. 1823, S. chr., VII. 1. 274, D., *op.* et v° *cit.*, 36. — Limoges, 8 janv. 1824, S. chr., VII. 2. 286, D., *op.* et v° *cit.*, n. 50-1°. — Req., 30 nov. 1826, S. chr., VIII. 1. 468, D., *op.* et v° *cit.*, n. 36-1° ; 4 nov. 1857, D. P., 57. 1. 441.

(7) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 354 ; Larombière, VI, p. 560 (art. 1348, n. 19 *in fine*) ; Laurent, XIX, n. 597. — Nîmes, 10 juin 1848, S., 48. 2. 147. — Lyon, 17 nov. 1848, S., 49. 2. 334, D. P., 49. 2. 164. — Civ. cass., 9 janv. 1850, D. P., 50. 1. 46. — Agen, 21 mai 1852, S., 52. 1. 348, D. P., 52. 5. 389. — Paris, 21 juill. 1860, S., 60. 2. 537. — Req., 24 fév. 1863, S., 63. 1. 183, D. P., 63. 1. 236. — Il

chandises prohibées (1), ou des intérêts usuraires (2).

2637. On sait que les deux règles de l'art. 1341 sont, du moins en principe, étrangères aux matières commerciales (3). Mais sont-elles applicables aux conventions faites dans les foires et marchés, lorsque ces conventions ne constituent pas des actes de commerce, par exemple lorsqu'il s'agit de ventes de bestiaux conclues entre propriétaires? Faut-il dire, au contraire, qu'en pareil cas la preuve testimoniale est admissible même au-dessus de 150 francs, parce qu'il a été impossible au créancier de se procurer une preuve écrite? La question s'était déjà posée sous l'empire des ordonnances de 1566 et de 1667. Pothier disait à son sujet : « On a fait aussi la question si les marchés, faits dans les foires et marchés, doivent être compris en la disposition de l'ordonnance. La raison de douter était que ces marchés se font pour l'ordinaire verbalement; qu'on n'a pas un notaire présent, lorsqu'on les fait, pour les rédiger par écrit. Néanmoins on a décidé que ces marchés doivent y être compris, parce qu'y ayant aujourd'hui des notaires établis dans les plus petits lieux, et par conséquent dans tous les lieux où se tiennent les foires, il n'est pas trop difficile aux parties, lorsqu'elles font un marché à crédit, d'appeler un notaire pour le rédiger, si elles ne savent pas écrire » (4). C'était l'avis de Boiceau (5) et de Danty (6).

en est de même pour les paiements de sommes d'argent faits par le cessionnaire d'un office en dehors du traité ostensible. — Nîmes, 10 mai 1847, D. P., 48. 2. 38. — Lyon, 17 nov. 1848, précité. — Civ rej., 22 nov. 1853, D. P., 54. 5. 523. — V. aussi Bourges, 18 nov. 1890, S., 92. 2. 241. — Caen, 26 nov. 1895, S., 96. 2. 76.

(1) Colmar, 26 fév. 1819, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4950; 19 fév. 1828, D., *op.* et v° *cit.*, n. 4950, 542-2°.

(2) Toullier, IX, n. 193; Duranton, XIII, n. 332; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 354; Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXX, n. 187. — Crim. cass., 2 déc. 1813, S., chr., IV. 1. 478, D., *Répert. alph.*, v° *Prêt à intérêts*, n. 259-2°. — Civ. rej., 22 mars 1824, S. chr., VII. 1. 408, D., *ibid.* — Angers, 27 mars 1829, S. chr., IX. 1. 239. — Caen, 26 janv. 1846, S., 46. 2. 499. — Civ. rej., 29 janv. 1867, S., 67. 1. 215, D. P., 67. 1. 52. — Req., 27 juill. 1874, S., 75. 1. 15, D. P., 76. 1. 104. — Crim. rej., 19 déc. 1884, D. P., 85. 1. 427, *Gaz. Pal.*, 85. 1. 125.

(3) V. *supra*, n. 2575-2576.

(4) *Oblig.*, n. 788 (édit. Dupin, I, p. 464).

(5) *Op. cit.*, part. II, chap. IX, n. 4 (édit. de 1789, p. 275 *in fine*).

(6) Danty sur Boiceau, *Additions* au chap. IX de la part. II, n. 6 (même édit., p. 283).

La difficulté a été soulevée de nouveau depuis la promulgation du Code. Un jugement du tribunal civil de la Châtre, du 5 mai 1841, a décidé : « Que la rapidité, la multiplicité et le mouvement des affaires qui se traitent en foire, la difficulté de recourir à chaque instant à un notaire, pour faire constater des marchés, des achats ou des ventes que le plus léger retard pourrait empêcher, équivalent à une impossibilité morale qui suffit pour que celui au profit duquel l'obligation est contractée puisse profiter du bénéfice posé dans l'art. 1348 ». Mais la cour de Bourges a réformé ce jugement par un arrêt du 23 février 1842 : « Considérant, dit-elle, que la preuve testimoniale d'un contrat dont l'objet excède 150 francs n'est admise qu'autant que le créancier n'aurait pu se procurer une preuve littérale ; — Que, dans l'espèce, il s'agit d'un marché qui aurait été fait en foire ; — Que, généralement, ces sortes de marchés se font au comptant ; — Que, si le vendeur déroge à cette règle en accordant à l'acquéreur des termes pour le paiement, il doit se faire donner un acte écrit ; — Que, s'il ne l'exige pas et s'il s'en rapporte à la bonne foi du débiteur, il doit s'imputer à lui-même d'avoir mal placé sa confiance ; — Que, d'ailleurs, le marché qui fait l'objet de la contestation ayant eu lieu dans la ville d'Argenton, l'impossibilité d'avoir un écrit n'existait pas » (1).

Cette dernière décision est approuvée par des auteurs éminents, notamment par Bonnier, Larombière et Demolombe (2). Ils se fondent sur ce que les conventions faites dans les foires ou marchés, lorsqu'elles n'ont pas le caractère commercial, ne sont exceptées de la règle de l'art. 1341 ni par l'art. 109 C. com., ni par l'art. 1348 C. civ.

Qu'on ne puisse pas étendre à notre hypothèse la disposition de l'art. 109 C. com., c'est incontestable ! Mais est-il vrai que l'art. 1348 ne lui soit pas applicable ? D'après Demolombe, « c'est faire de ce dernier article une extension abusive que de prétendre qu'il y a, pour les parties qui trai-

(1) S., 43. 2. 50, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4975.

(2) Bonnier, *op. cit.*, n. 146 ; Larombière, VI, p. 435-436 (art. 1341, n. 42) ; Demolombe, XXX, n. 105.

tent dans les foires, une impossibilité de se procurer une preuve par écrit, une impossibilité MATÉRIELLE de même nature que celles qu'il prévoit ». Demolombe raisonne comme si, dans l'application de l'art. 1348, on ne devait pas avoir égard à l'impossibilité morale et relative. Or nous avons démontré qu'il en est autrement. Au surplus, Demolombe lui-même le reconnaît ailleurs et fait observer très justement que plusieurs des exemples cités par l'art. 1348 se réfèrent précisément à ce dernier genre d'impossibilité (1).

Rien ne s'oppose, croyons-nous, à ce que les juges du fond déclarent qu'il n'a pas été au pouvoir des parties de faire constater par écrit les conventions conclues dans des foires ou marchés. Et même, si l'on tient compte des nécessités pratiques, on devra souvent, nous semble-t-il, dire qu'il en a été ainsi. Tel est, d'ailleurs, le point de vue qui paraît avoir prévalu en jurisprudence, ainsi qu'en témoignent trois jugements, l'un du tribunal civil de Figeac, du 5 décembre 1894 (2), et les deux autres du tribunal civil de Lorient, le premier du 5 juin 1895 (3), le second du 11 juillet 1905 (4). On lit dans cette dernière décision : « Attendu que la preuve testimoniale est admissible en l'espèce et ne se heurte pas aux prohibitions de l'art. 1341 C. civ.; qu'en effet, il est de tradition et d'usage constants que les ventes conclues dans les foires et marchés ne sont pas constatées par écrit; que, de ce fait, il y a impossibilité morale pour les parties de se procurer une preuve littérale du contrat, et que l'art. 1348 peut être invoqué; que la jurisprudence est fixée en ce sens; qu'elle décide notamment qu'il y a impossibilité morale ou relative, par opposition à l'impossibilité matérielle ou absolue, dans le fait de se heurter à une grave difficulté locale et momentanée ou à un embarras sérieux de se procurer un écrit; que tel est bien le cas dans l'espèce actuelle, que, dans une foire où les ventes de bestiaux se traitent en grand nombre et dans des délais nécessairement très courts, où acheteurs et ven-

(1) XXX, n. 148.
(2) *Pand. franç.*, 95. 2. 236.
(3) D. P., 97. 2. 52.
(4) D. P., 1906. 2. 83.

deurs sont souvent illettrés, l'obligation de recourir à des écrits ou au ministère d'un notaire rendrait les relations commerciales sinon impossibles, du moins très difficiles, tellement difficiles qu'on peut dire qu'il y a impossibilité morale ou relative dans le sens de l'art. 1348 C. civ.; — Attendu que la solution contraire aurait pour conséquence d'encourager le dol et la fraude; qu'il deviendrait d'usage courant, après la vente d'un animal atteint d'un vice rédhibitoire, d'avouer cette vente, mais d'exciper en même temps d'une clause de non-garantie et de se retrancher derrière l'indivisibilité de l'aveu ».

Peu importe, d'après le jugement précité du tribunal civil de Figeac, que la délivrance doive ou non suivre immédiatement la vente; l'art. 1348 s'applique alors même que les animaux vendus ne doivent être délivrés à l'acheteur qu'au bout de quelques jours.

2638. Il a été jugé sous l'empire de la loi du 2 août 1868, portant abrogation de l'art. 1781 C. civ. et en vertu de laquelle les règles ordinaires sur la preuve sont applicables à toutes les contestations qui peuvent s'élever entre les maîtres et les domestiques ou ouvriers, que le maître, à qui ses domestiques réclament des gages qu'il prétend leur avoir payés, peut être admis à prouver par témoins ou par présomptions les paiements par lui allégués, même au delà de 150 francs (1). Cette décision a pour fondement l'idée que le maître est présumé avoir été dans l'impossibilité morale de se procurer une preuve littérale de ces paiements, l'usage n'étant point qu'un maître demande à ses domestiques une quittance des gages par lui payés (2). Cette jurisprudence est critiquée par les auteurs, qui s'accordent à nier l'existence de l'impossibilité dont nous venons de parler (3). Nous nous bornerons à faire observer

(1) Trib. paix Saint-Macaire, 20 mars 1900, *Rev. just. paix*, 1901. 369. — Trib. paix Saulieu, 19 oct. 1901, *Mon. just. paix*, 1902. 26. — *Contra* Trib. civ. Seine, 18 mars 1902, *Gaz. Trib.*, 2 oct. 1902. — Trib. paix Tournon, 18 mai 1903, *Mon. just. paix*, 1903. 430.

(2) Trib. civ. Nogent-le-Rotrou, 8 mars 1895 (gages de domestiques), D. P., 96. 2. 275. — V. aussi Trib. civ. Seine, 8 juillet 1893 (concierge), *Droit*, 4 août 1893.

(3) Peaucellier, *Conséquences de l'abrogation de l'art. 1781*, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1869, XXXIV, p. 513; Colmet de Santerre, VII, n. 232 *bis*;

que, si leur manière de voir était partagée par les tribunaux, les maîtres seraient désormais intéressés à ne traiter qu'avec des domestiques assez instruits pour pouvoir leur donner quittance de chaque paiement de gages. Est-ce le vœu du législateur?

2639. S'il est commode de recourir au téléphone pour faire des déclarations de volonté, notamment pour conclure des contrats, l'emploi de ce procédé ne saurait par lui-même procurer aux parties un moyen de preuve, puisqu'il ne reste pas de trace matérielle des conversations qui ont lieu par cette voie. D'un autre côté, en pratique, il sera très rare qu'on puisse prouver au moyen de témoignages l'existence de conventions ainsi formées. En effet, le tiers qui se trouve auprès de l'un des correspondants ne perçoit que les paroles prononcées par celui-ci, sauf dans le cas où l'un des récepteurs a été mis à sa disposition. En général donc, pour établir par une enquête les contrats conclus par téléphone, il faudra que, pendant la communication, les témoins se soient trouvés les uns auprès du demandeur, les autres auprès du défendeur.

Mais, lorsque cette condition se rencontrera, la preuve testimoniale sera-t-elle admissible en matière civile, lors même qu'il n'existera pas de commencement de preuve par écrit? En d'autres termes, faut-il dire que, dans ce cas, l'art. 1348 devra s'appliquer, la nature même de la correspondance téléphonique faisant obstacle à ce que les parties puissent rédiger un acte instrumentaire? Le tribunal civil de la Seine, par un jugement du 6 décembre 1901, a répondu négativement, au moins d'une façon implicite (1), et nous croyons devoir approuver sa décision. Ce serait pousser trop loin l'idée d'impossibilité relative que de ne pas tenir compte de la faculté qu'ont les parties d'échanger immédiatement des lettres missives renfermant la constatation du contrat (2).

Guillouard, *Du louage*, n. 706; Huc, X, n. 397 *in fine*, p. 549; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, II, 1re édit., n. 1221, dern. al., 2e édit., n. 2173, 3e édit., n. 2836; Planiol, II, 1re édit., n. 1892, dern. al., 2e et 3e édit., n. 1839, dern. al.

(1) D. P., 1903. 2. 113.

(2) V. un examen approfondi de la question dans une très intéressante note de notre collègue M. Valéry, publiée dans le Recueil de Dalloz, sous le jugement précité.

II. *Perte du titre.*

2640. La double prohibition de l'art. 1341 est encore étrangère : « Au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit imprévu et résultant d'une force majeure ». Art. 1348-4°. Alors, en effet, la partie qui invoque la preuve testimoniale avait obéi à la prescription de la loi en rédigeant un acte, et, si elle n'est pas actuellement en situation de le produire, c'est par l'effet de circonstances qu'elle n'a pu conjurer. Dans cette hypothèse, comme dans la précédente, doit s'appliquer le principe : A l'impossible nul n'est tenu. Au point de vue de l'admissibilité de la preuve testimoniale, il est indifférent que l'impossibilité ait porté sur la rédaction de l'écrit ou qu'elle porte sur sa représentation, pourvu que, dans ce dernier cas, elle ne soit pas imputable au créancier (1).

2641. Mais, avant d'être admis à prouver par témoins le fait juridique dont il poursuit l'exécution, le demandeur sera tenu de justifier qu'il se trouve dans le cas prévu par l'art. 1348-4°, et, pour cela, il devra établir : 1° le cas fortuit ou de force majeure ; 2° l'existence antérieure de l'acte instrumentaire ; 3° la perte de cet acte par suite du cas fortuit (2).

2642. Ainsi le demandeur doit prouver d'abord le cas fortuit. Il faut que l'événement qui a entraîné la perte du titre ne lui soit aucunement imputable, qu'il s'agisse, par exemple, d'un cas d'incendie, de ruine, de naufrage, d'inondation, de vol, de pillage, de substitution par surprise ou d'extorsion par violence.

La preuve testimoniale ne serait donc pas admissible si le demandeur alléguait un fait qui supposerait son incurie ou sa négligence, notamment s'il prétendait avoir jeté le titre au

(1) Larombière, IV, p. 579 (art. 1348, n. 40); Demolombe, XXX, n. 200; Laurent, XIX, n. 571; Planiol, II, 1re édit., n. 1166, 2e et 3e édit., n. 1122.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 355, texte et note 35; Laurent, XIX, n. 571 et 573; Planiol, II, 1re édit., n. 1167, 2e et 3e édit., n. 1123. — Cpr. Toullier, IX, n. 206; Marcadé, V, sur l'art. 1348, V; Bonnier, *op. cit.*, n. 175; Zachariæ, § 761, texte et note 14; Larombière, VI, p. 579 (art. 1348, n. 40); Demolombe, XXX, n. 201; Huc, VIII, n. 300. — Toulouse, 17 janvier 1898, *Gaz. Midi*, 6 mars 1898.

feu par méprise ou l'avoir égaré dans un déménagement. C'était à lui de se montrer plus soigneux. D'ailleurs, si les juges avaient égard à de pareilles allégations, la double prohibition de l'art. 1341 serait illusoire, car, pour y échapper, il suffirait de suborner des témoins qui viendraient affirmer la perte du titre et l'existence de la convention [1].

2643. Mais le fait d'un tiers, lors même qu'il ne constitue pas un délit, doit être considéré par rapport au créancier comme un cas fortuit, à la condition, bien entendu, que celui-ci n'y ait nullement participé.

Le demandeur peut donc être admis à établir au moyen de témoignages que son titre a été perdu par le notaire qui le détenait, ou par la faute de la personne à laquelle il l'avait confié dans un déplacement d'archives. En effet, les expressions « cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure » doivent être interprétées dans un sens large et conformément à l'esprit de la disposition du 4° de l'art. 1348. Or l'idée du législateur est que le demandeur ne saurait être mis, par un fait qui ne lui est pas imputable, dans l'impossibilité de prouver son droit. Les juges ont, toutefois, le pouvoir d'apprécier, suivant les circonstances du fait, spécialement d'après les mesures qui ont dû être prises pour assurer la conservation du titre, la vraisemblance des allégations du demandeur [2].

En vertu de ces principes, la cour de Toulouse a décidé, par un arrêt du 18 janvier 1897, qu'il y a cas fortuit, dans le sens de l'art. 1348, quand la disparition du titre s'explique par ce fait qu'après avoir été remis à des magistrats pour la rédaction d'un arrêt, il a été égaré ou détruit par erreur [3].

2644. Il arrive souvent que la preuve de la perte du titre se confond avec celle de la force majeure. C'est ce qui a lieu, par exemple, quand le demandeur prouve que l'acte instrumentaire lui a été extorqué par violence.

Il se peut aussi que la preuve du cas fortuit, sans impli-

(1) Larombière, VI, p. 580 *in fine* (art. 1348, n. 42, al. 1); Demolombe, XXX, n. 203; Laurent, XIX, n. 571.

(2) Larombière, VI, p. 585 (art. 1348, n. 45); Demolombe, XXX, n. 209. — Cpr. Laurent, XIX, n. 572, al. 2 et 3, p. 590 *in fine*.

(3) D. P., 97. 2. 247. — V. aussi Pau, 12 juin 1858, D. P., 58. 2. 194.

quer nécessairement celle de la perte du titre, rende probable cette perte. Il en est ainsi notamment si le demandeur établit qu'un incendie a dévoré sa maison et, d'une façon générale, tout ce qu'elle renfermait. Alors, sans doute, il est vraisemblable que le titre a péri dans le sinistre, mais il n'est pas impossible qu'on l'ait sauvé. Les juges, une fois la preuve du cas fortuit administrée, et suivant la force des présomptions qui en résulteront quant à la perte du titre, se montreront plus ou moins exigeants en ce qui regarde le complément de preuve nécessaire pour établir cette perte (1).

2645. Lorsque le demandeur prétend que son titre a été supprimé par suite d'un délit, il ne peut établir par témoins l'existence et la perte de cet écrit que si le délit allégué par lui ne présuppose pas un fait juridique autre que celui dont la constatation se serait trouvée dans son prétendu titre. Par exemple, s'il demande à établir que l'acte instrumentaire lui a été soustrait frauduleusement ou extorqué par violence, la preuve testimoniale est admissible (2). Mais, s'il vient dire que cet acte a été supprimé par celui auquel il l'avait confié à titre de dépôt ou de mandat, il doit commencer par établir, conformément aux règles du droit commun, l'existence de ce contrat, car elle est préalable à la perte de l'acte instrumentaire par lui alléguée (3). Il faut cependant adopter la solution contraire si le mandat ou le dépôt a été le résultat de manœuvres dolosives pratiquées en vue de pouvoir supprimer le titre (4).

(1) Larombière, VI, p. 584 (art. 1348, n. 44). — V. aussi Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 356; Demolombe, XXX, n. 210.

(2) Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Suppression de titre*, § 1; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, XXX, n. 207.

(3) Zachariæ, § 761, texte et note 15; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 357; Larombière, VI, p. 583 (art. 1348, n. 43); Demolombe, XXX, n. 208. — Crim. cass., 23 sept. 1853, S., 54. 1. 213, D. P., 54. 1. 45. — Grenoble, 26 avril 1872, S., 72. 2. 276. — Mais, quand la remise que le créancier a faite volontairement du titre à celui qui l'a détruit a eu lieu pour permettre la vérification du titre et sous la condition d'une restitution ou d'un paiement immédiat, la preuve par témoins peut être admise. Aubry et Rau, *loc. cit.*; Larombière, VI, p. 584 (art. 1348, n. 44). — Crim. rej., 9 mars 1871, S., 72. 1. 94, D. P., 71. 1. 70; 10 nov. 1871, S., 72. 1. 95, D. P., 71. 1. 271; 20 nov. 1873, D. P., 74. 1. 504. — V. aussi Chambéry, 17 juin 1878, D. P., 79. 5. 399,

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*

Il est incontestable, d'ailleurs, que, si le demandeur a été étranger au contrat en vertu duquel la remise du titre a été effectuée, la preuve testimoniale est recevable *de plano*. C'est ainsi que celui à qui une promesse d'achat a été faite peut prouver par témoins que le titre constatant cette promesse a été détruit par le notaire à qui l'auteur de l'engagement l'avait confié (1).

2646. Les principes que nous venons d'exposer s'appliquent même quand l'acte perdu ou supprimé était soumis à certaines formalités soit pour sa force probante, soit pour la validité de l'acte juridique dont il renfermait la constatation. Mais, dans ce cas, le demandeur doit prouver préalablement non seulement l'existence de cet acte instrumentaire, le cas fortuit et la perte de son titre, mais encore l'accomplissement des formalités spéciales (2).

Il en est ainsi, par exemple, quand il s'agit d'un acte instrumentaire qui devait être rédigé en double (3).

Il en est de même au cas de perte d'un testament (4).

Mais, lorsque l'acte instrumentaire a été supprimé par la partie qui avait intérêt à le faire disparaître, on doit, en général présumer qu'il satisfaisait aux conditions de forme exigées par la loi pour sa force probante ou pour la validité de son

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Larombière, VI, p. 584 (art. 1348, n. 43 *in fine*). — Nancy, 11 mai 1873, S., 73. 2. 231, D. P., 74. 2. 232, et, sur pourvoi, Civ. rej., 10 mars 1875, S., 75. 1. 172, D. P., 75. 1. 280.

(2) Marcadé, V, sur l'art. 1348, V, al. 6; Bonnier, *op. cit.*, n. 175, al. 2; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 357 *in fine:* Larombière, VI, p. 587 (art. 1348, n. 49); Demolombe, XXX, n. 212; Laurent, XIX, n. 574, al. 2, p. 594.

(3) Larombière, même numéro, al. 2.

(4) Toullier, V, n. 666, et IX, n. 215-217; Duranton, IX, n. 48; Marcadé, V, sur l'art. 1348, V; Bonnier, *loc. cit.;* Troplong, *Donat. entre-vifs et test.*, III, n. 1453; Zachariæ, § 647, texte et note 2; Aubry et Rau, 4e édit., VII, p. 10, texte et note 5; Laurent, XIII, n. 115-116; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donat. entre-vifs et test.*, II, n. 1867. — Caen, 31 janv. 1856, joint à Civ. rej., 12 déc. 1859, S., 60. 1. 630, D. P., 60. 1. 334. — Rouen, 18 juin 1877, S., 77. 2. 318, D. P., 77. 2. 182. — Poitiers, 16 juill. 1879, D. P., 79. 2. 267. — Montpellier, 7 mai 1900, joint à Req., 8 déc. 1902, D. P., 1903. 1. 93. — Cpr. Toulouse, 11 juin 1862, S., 62. 2. 480, D. P., 62. 2. 13. — Orléans, 13 déc. 1862, S., 63. 2. 73, D. P., 63. 2. 5. — Grenoble, 1er juill. 1875, S., 76. 2. 142, D., *Suppl.* au *Rép. alph.*, v° *Disp. entre-vifs*, n. 618. — Req., 12 juin 1882, S., 83. 1. 127, D. P., 82. 1. 299. — Poitiers, 18 mars 1885, D. P., 86. 1. 289. — Nancy, 2 juin 1899, S., 1900. 2. 94, D. P., 99. 2. 263. — Orléans, 6 août 1901, D, P., 1902. 2. 469.

contenu, car l'intérêt même qu'on avait à le supprimer suppose que ces conditions avaient été remplies (1). C'est ce qu'il faut décider notamment dans les cas où un testament a été déchiré, brûlé ou caché soit par les héritiers, soit par toutes autres personnes intéressées à sa disparition. En pareil cas, il suffit au légataire d'établir l'existence et la perte du testament; il n'a pas à prouver que cet acte était revêtu des formes légales (2).

2647. Le cas de perte fortuite d'un acte sous seing privé soulève une difficulté spéciale. En effet, un titre de cette nature n'a de force probante que s'il est reconnu ou vérifié dans les formes prescrites par les articles 193 à 213 C. proc. civ. Or, d'une part, puisque le prétendu débiteur dénie l'existence d'un pareil acte, il en dénie également l'écriture et la signature, et, d'autre part, puisque cet acte est perdu, il est impossible de procéder à la vérification. Ces conséquences peuvent sembler très graves. En réalité, un acte sous signature privée ni reconnu ni vérifié n'est pas un titre. Ne s'ensuit-il pas que le 4° de l'art. 1348 est étranger à notre hypothèse, l'application de ce texte étant subordonnée à la preuve qu'un titre existait avant l'événement de force majeure? Cette conclusion serait fausse. Notre texte, ne distinguant pas, vise les actes sous seing privé comme les actes authentiques. Peu importe qu'on ne puisse plus vérifier les premiers. Ce n'est pas au moyen de leur contenu qu'il s'agit de prouver la créance alléguée. Il faut simplement que les juges acquièrent la certitude morale qu'il existait un titre. Il leur appartient de dire si, à cet effet, ils doivent admettre la preuve testimoniale (3).

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 358; Larombière, même numéro, dern. al.

(2) Toullier, V, n. 666, et IX, n. 218; Troplong, *op. cit.*, III, n. 1451 et 1452; Zachariæ, *loc. cit.*; Aubry et Rau, 4e édit., VII, p. 10; Demolombe, XXI, n. 32; Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, II, n. 1868. — Poitiers, 22 janv. 1811, S., 11. 2. 153, et, sur pourvoi, Civ. rej., 1er sept. 1812, S. chr., IV. 1. 182, D., *Rép. alph.*, v° *Disp. entre-vifs*, n. 2526. — Riom, 17 nov. 1821, D., *op.* et v° *cit.*, n. 2519. — Poitiers, 23 mars 1881, S., 82. 2. 23, D. P., 81. 2. 152. — Agen, 13 juin 1892, *Rev. du not.*, 1892, n. 8730, p. 607. — Nancy, 22 juin 1895, S., 96. 2. 263; 2 mai 1896, S., *ibid.* — Douai, 1er avril 1899, *Rev. du not.*, 1899, n. 10371, p. 749. — Besançon, 12 juill. 1899, Defrénois, *Rép. du not.*, 1900, art. 11153, p. 10-11. — Cpr. Laurent, XIII, n. 117.

(3) Toullier, IX, n. 215; Larombière, VI, p. 586 (art. 1348, n. 48); Laurent, XIX, n. 544.

2648. Après avoir fait les justifications préalables dont nous venons de parler, le demandeur doit prouver l'existence du fait juridique par lui allégué. Cette preuve peut être administrée au moyen de témoignages, comme celles qui l'ont précédée, et c'est même pour reconnaître cette possibilité que le législateur a écrit la disposition du 4° de l'art. 1348.

Faut-il que les témoins rapportent la *teneur*, ou, comme on dit aussi, le *contenu* de l'acte instrumentaire dont la perte a été prouvée? Doivent-ils, en d'autres termes, déclarer qu'ils ont vu et lu cet acte? Suffit-il, au contraire, que, sans se référer au titre perdu, ils attestent l'existence du droit invoqué par le demandeur? Pour parler comme certains auteurs, la preuve testimoniale du fait juridique est-elle admissible directement? Selon nous, il convient de se prononcer dans le second sens. Il résulte du 4° de l'art. 1348 que l'art. 1341 n'est pas applicable quand le titre a été perdu par cas fortuit. Or, c'est la preuve testimoniale directe et immédiate que l'art. 1341 interdit. Il s'ensuit que c'est la preuve testimoniale ainsi entendue qui est, au contraire, admissible en cas de perte fortuite de l'acte instrumentaire. D'ailleurs, alors que le législateur autorise le demandeur à justifier sa prétention sans représenter son titre, ne serait-il pas contradictoire qu'il exigeât de lui la preuve telle qu'elle résultait de ce titre? Enfin notre solution s'appuie en outre sur la tradition : « Je peux faire, disait Pothier, cette preuve par témoins, qui déposeront avoir vu, entre mes mains avant l'incendie, les billets de mes débiteurs ou les quittances de mes créanciers, dont ils connaissent l'écriture et se souvenir de la teneur *ou qui déposeront avoir quelque connaissance de la dette ou du paiement* » (1). Rien ne permet de penser que les auteurs du Code ont répudié cette doctrine (2).

2649. La cour de cassation a été appelée à statuer sur le point de savoir si la disposition du 4° de l'art. 1348 est appli-

(1) *Oblig.*, n. 816, al. 3.

(2) *Sic* Marcadé, V, sur l'art. 1348, V, al. 6 s.; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 355, note 35; Demolombe, XXX, n. 211; Laurent, XIX, n. 573, al. 2. — Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 325 *bis*-I. — *Contra* Toullier, IX, n. 206; Bonnier, *op. cit.*, n. 175; Larombière, VI, p. 585 (art. 1348, n. 46).

cable aux billets de Banque. Elle a résolu cette question par la négative. En quoi, d'après nous, elle a eu raison. La Banque qui a émis des billets n'est tenue de les rembourser que si on les lui représente. On ne saurait donc être admis à prouver au moyen de témoignages ou de présomptions qu'on a perdu de pareils titres dans un naufrage ou dans un incendie. La nature même de ces billets s'y oppose, car elle est exclusive de tout rapport direct entre celui qui les possède et l'établissement qui les a émis. La solution repoussée par la cour suprême serait, d'ailleurs, incompatible avec les conditions de leur circulation (1).

2650. Quant aux titres au porteur, nous renverrons simplement à la loi du 15 juin 1872, à celle du 8 février 1902, modifiant plusieurs articles de la précédente, au décret du 10 avril 1873 et aux deux décrets du 8 mai 1902, qui règlent, pour le cas de perte ou de vol, les droits et obligations du porteur (2).

2651. Bien que le 4° de l'art. 1348 ne vise expressément que le titre perdu par un *créancier,* il peut certainement, d'après nous, être invoqué par le débiteur qui a perdu un acte dont il avait intérêt à se prévaloir, notamment un acte constatant sa libération soit totale, soit partielle, ou contenant la concession d'un terme à son profit (3). Telle est l'opinion de la cour suprême ; d'après un arrêt de la chambre des requêtes, du 4 décembre 1823, le débiteur peut être admis à prouver par témoins, en vertu de l'art. 1348, la soustraction frauduleuse par le créancier d'une quittance sous seing privé (4). Il y a, dans les deux cas, même raison de décider. Cette

(1) Civ. cass., 8 juillet 1867, S., 67. 1. 317, D. P., 67. 1. 289. — V. dans le même sens Flandin, *Rev. crit.*, 1858, t. XIII, p. 421 ; Vincent, *Rev. prat.*, année 1864, t. XIX, p. 488 ; Larombière, VI, p. 588 (art. 1348, n. 51) ; Huc, VIII, n. 300 *in fine*.

(2) V. pour la loi du 15 juin 1872, le décret du 10 avril 1873 et la loi du 8 mai 1902, Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription,* 3e édit. (1905), n. 914-947. — V. aussi pour la loi du 8 février 1902 et pour les décrets du 8 mai de la même année, l'*Annuaire de la législ. franç.*, XXIIe année, p. 60-69, S., *Lois annotées,* 13e série, p. 321-326, D. P., 1902. 4. 30-33. — Consulter également pour la loi du 15 juin 1872 et le décret du 10 avril 1873, Wahl, *Tr. théor. et prat. des titres au porteur,* II, n. 1257 s.

(3) Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Preuve,* § 1, n. 29.

(4) S. chr., VII. 1. 348, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4899-5°.

considération est décisive puisque la disposition du 4° de l'art. 1348 n'est qu'une application du principe : « A l'impossible nul n'est tenu ».

APPENDICE A LA PREUVE TESTIMONIALE

DE LA PREUVE PAR LA COMMUNE RENOMMÉE

2651 I. Le Code civil, par trois textes spéciaux, autorise la preuve *par la commune renommée* dans certains cas particuliers. Art. 1415, 1442, 1504. Il ne faut pas confondre cette preuve avec la preuve testimoniale proprement dite. Cela résulte des termes mêmes de l'art. 1415 et de l'art. 1504 : « ... Elle (la femme) ou ses héritiers, dit le premier de ces articles, peuvent, lors de la dissolution de la communauté... faire preuve tant par titres et papiers domestiques que *par témoins, et au besoin par la commune renommée...* ». « Celle-ci (la femme) ou ses héritiers, dit l'art. 1504, sont admis à faire preuve, soit par titres, *soit par témoins, soit même par commune renommée...* ». Que faut-il donc entendre par cette dernière expression ? La commune renommée, c'est la voix publique (1), la *rumeur publique*, la *notoriété*. Elle n'est pas autre chose que les « *on dit* ». Elle consiste dans des allégations vagues qui ont circulé de bouche en bouche et dont il est souvent impossible de découvrir l'origine. Ainsi, tandis que, dans la preuve testimoniale proprement dite, les témoins attestent ce qu'ils ont vu ou entendu directement par eux-mêmes, dans la preuve par la commune renommée, ils rapportent des faits qu'ils connaissent simplement par *ouï-dire*.

Il est évident que cette dernière espèce de preuve ne présente aucune garantie, qu'elle est éminemment dangereuse. Comment obtenir d'elle des précisions ? Comment la contrôler sérieusement ? Enfin n'est-il pas incontestable que la plupart du temps la rumeur grossit et dénature les faits, que souvent même elle les invente ? Il faut en conclure que le mode de

(1) « La preuve par commune renommée c'est la *voix publique*, qui sert de preuve en plusieurs occasions » (*Glossaire du droit français*, à la suite des *Inst. cout.*, d'Antoine Loysel, t. II, édit. Dupin et Laboulaye, p. 422).

preuve dont nous allons traiter est exorbitant et exceptionnel.

2651 II. Les rédacteurs du Code civil ont admis la preuve par la commune renommée dans trois cas :

1° Au profit de la femme mariée ou de ses héritiers quand ils pourraient être lésés par le défaut d'inventaire des meubles dépendant d'une succession échue à l'un des époux pendant la durée de la communauté. Art. 1415.

2° Au profit des mêmes lorsque le contrat de mariage renfermait une clause de réalisation et que le mari n'a pas fait inventorier un mobilier échu à la femme au cours du mariage. Art. 1504.

3° Au profit des héritiers de l'époux prédécédé dans le cas où le conjoint survivant n'a pas fait dresser un inventaire des meubles dépendant de la communauté. Art. 1442.

Dans ces trois cas, l'admission de la preuve par la commune renommée s'explique de la façon suivante : D'abord, c'est une peine contre la partie qui a manqué à l'obligation de faire procéder à l'inventaire. De plus, il est inadmissible que cette partie puisse, par sa négligence ou par sa fraude, mettre les autres intéressés dans l'impossibilité d'établir la consistance du mobilier non inventorié et, par conséquent, de faire valoir leurs droits. Or, la plupart du temps, c'est ce qui arriverait s'ils ne pouvaient pas invoquer la commune renommée, car, généralement, ils n'ont pas d'autre mode de preuve à leur disposition (1).

2651 III. Les rares dispositions qui autorisent la preuve dont nous parlons sont incontestablement exorbitantes du droit commun. Or, en vertu d'un principe général d'interprétation, les dispositions qui présentent ce caractère ne sauraient être étendues au delà de leurs termes. On devrait donc, semble-t-il, ne pas admettre la preuve par la commune renommée hors des cas visés par les art. 1415, 1442 et 1504. Et telle est, en effet, l'opinion d'auteurs éminents, notamment de Colmet de Santerre (2), de Laurent (3) et de Vigié (4). La

(1) V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contr. de mar.*, I, n. 560.
(2) VI, n. 57 *bis*-III.
(3) V, n. 11.
(4) I, n. 743.

même solution a été consacrée par un arrêt de la cour de Caen, du 23 juin 1841 (1) et par un arrêt de la cour de Douai, du 13 janvier 1865 (2).

Cependant on décide généralement que la preuve par la commune renommée doit être autorisée dans les cas qui présentent une parfaite analogie avec ceux prévus par les trois articles susindiqués. Quand, par exemple, le tuteur d'un mineur ou d'un interdit n'a pas fait procéder à l'inventaire des meubles de son pupille, il faut, dit-on, reconnaître à l'incapable ou à ses représentants le droit d'établir par la commune renommée la consistance et la valeur de ce mobilier. La loi entend protéger tout aussi efficacement le mineur ou l'interdit que la femme mariée. Dans les deux hypothèses, le motif de décider est le même (3).

C'est en raisonnant ainsi que la plupart des auteurs donnent les mêmes facilités quant à la preuve à l'ancien nu-propriétaire qui, après l'extinction de l'usufruit, réclame à l'ex-usufruitier (ou à ses héritiers) les objets mobiliers sur lesquels a porté le droit de celui-ci et dont il n'a pas été dressé d'inventaire avant l'entrée en jouissance (4).

Indiquons encore une hypothèse très voisine de celle des art. 1415 et 1504 et où, dit-on, il ne serait pas rationnel de refuser l'usage de la preuve par commune renommée : la femme ou ses héritiers prétendent que le chiffre des dettes comprises dans la succession à elle échue était inférieur au chiffre déclaré par le mari (5).

(1) Joint à Req., 19 déc. 1842, S., 43. 1. 165.

(2) S., 66. 2. 61.

(3) Toullier, II, n. 1197; Valette sur Proudhon, II, p. 358, obs. III; Demante, II, n. 208 *bis*-IV ; Marcadé, II, n. 250; Zachariæ, I, § 219, texte et note 8; Aubry et Rau, I, 4e édit., p. 436, 5e édit., p. 676; Bonnier, *op. cit.*, n. 242 ; Rodière et Pont, *Du contr. de mar.*, I, n. 566; Troplong, *Contr. de mar.*, II, n. 819; Demolombe, VII, n. 569; Arntz, I, n. 728; Huc, III, n. 393; Thiry, I, n. 579; Planiol, I, 1re édit., n. 2727, 2e édit., n. 2462, 3e édit., n. 1935. — Cpr. Req., 24 mars 1846, S., 46. 1. 317, D. P., 46. 1. 321.

(4) Mourlon, I, n. 1574; Marcadé, II, n. 508; Aubry et Rau, II, 4e édit., p. 472, 5e édit., p. 671; Proudhon, *De l'usufruit*, n. 794; Gentil, *De l'usufruit*, n. 179; Demolombe, X, n. 472; Arntz, I, n. 997; Huc, IV, n. 212, p. 266. — Pau, 28 mars 1887, S., 88. 2. 117, D. P., 87. 2. 166. — Mais voyez en sens contraire, Laurent, VI, n. 503; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n. 645; Planiol, I, 1re édit., n. 1788, 2e édit., n. 1726, 3e édit., n. 2863.

(5) Demolombe, XXX, n. 225.

La première de ces opinions est seule conforme aux principes. On ne peut, même en se fondant sur une très exacte analogie, étendre au delà des termes de la loi les dispositions exceptionnelles (1).

2651 IV. Toutefois, si la majeure partie de la doctrine admet, en notre matière, l'interprétation extensive, c'est seulement lorsque cette interprétation a pour point d'appui une réelle analogie. Supposons que, sous le régime de la communauté d'acquêts, la femme ou ses héritiers réclament le mobilier qu'elle a apporté lors du mariage. La preuve par la commune renommée ne saurait être autorisée. L'hypothèse dont il s'agit est tout autre que celle prévue par les art. 1415 et 1504. A la différence de ce qui a lieu quand elle réclame le mobilier qui lui est échu pendant le mariage, la femme a pu se procurer la preuve écrite de la consistance et de la valeur de son mobilier. Il n'y a donc pas de raison de lui reconnaître le droit d'invoquer la commune renommée (2).

A plus forte raison faut-il décider que le mari ou ses héritiers n'ont pas le droit de recourir à cette dernière preuve lorsqu'une succession lui est échue pendant le mariage et qu'il n'a pas été fait d'inventaire (3).

2651 V. Si l'on décide, comme nous le faisons, que les dispositions des art. 1415, 1442 et 1504 ne sauraient être étendues à des hypothèses non visées par elles, l'application de ces textes soulève une question assez délicate. Ils supposent, en effet, le défaut d'inventaire. S'ensuit-il que la preuve par la commune renommée doive être écartée si, un inventaire ayant été dressé, on prétend qu'il est inexact ou incomplet? Certains auteurs font observer que, dans ce cas, en ce qui regarde les meubles omis, il n'y a pas eu d'inventaire et que, par conséquent, l'hypothèse rentre dans les termes mêmes des articles susvisés.

Mais il est inadmissible que, pour avoir le droit d'user de la preuve par commune renommée, il suffise aux réclamants d'alléguer que des meubles ont été laissés en dehors de l'in-

(1) Cpr. Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, *Des personnes*, IV, n. 481.
(2) Demolombe, XXX, n. 226.
(3) V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, n. 561.

ventaire. Ils doivent d'abord prouver par écrit, par témoins ou par présomptions, conformément au droit commun, que tout le mobilier compris dans la succession n'a pas été inventorié, et c'est seulement s'ils réussissent dans cette première preuve qu'ils auront le droit d'invoquer la commune renommée pour établir la consistance et la valeur des biens omis [1].

2651 VI. Il faut remarquer soigneusement que, même dans les cas exceptionnels où elle est autorisée par un texte spécial, la preuve par la commune renommée n'est admissible qu'à défaut d'autre preuve : « *Au besoin* par la commune renommée », dit l'art. 1415. Ainsi, toutes les fois que le fait allégué peut être établi d'une autre façon, notamment par la preuve testimoniale proprement dite ou par des présomptions, la preuve par la commune renommée doit être écartée [2].

2651 VII. On a quelquefois fait rentrer la preuve par la commune renommée dans les présomptions de fait, et on a, en conséquence, conclu de l'admissibilité de ces présomptions en général à celle de la preuve que nous étudions maintenant. Marcadé, par exemple, pour autoriser le mineur ou l'interdit, à défaut d'inventaire, à prouver par la commune renommée la consistance et la valeur de son mobilier, raisonne ainsi : « L'art. 1353 permet aux juges de décider par de simples présomptions abandonnées à leurs lumières, c'est-à-dire même par de simples ON DIT, dans le cas où la preuve testimoniale est admise » [3]. Ce raisonnement repose sur une confusion. Une présomption simple est une conséquence que les juges tirent d'un fait connu à un fait inconnu. Elle a donc pour point d'appui un fait connu et, par suite, certain. Dans la preuve par la commune renommée, au contraire, on ne trouve qu'incertitude. Les juges ont égard à des bruits souvent dépourvus de tout fondement. La base de leur raisonnement n'est point un fait connu, mais une donnée purement conjecturale [4].

(1) V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, n. 563.
(2) Garsonnet, *Tr. th. et prat. de proc. civ.*, 2e édit., III, § 355 *in fine*, p. 78.
(3) Marcadé, II, n. 250 *in fine*.
(4) Laurent, V, n. 11, p. 17 *in fine*, et p. 18.

D'ailleurs, si la preuve par la commune renommée n'était qu'une application de la disposition générale de l'art. 1353, comment expliquer la façon dont le législateur s'exprime dans l'art. 1504 : «.... soit par témoins, soit *même* par commune renommée... ». Comprendrait-on pourquoi, dans ce texte, les rédacteurs du Code ont représenté la preuve par la commune renommée comme une preuve exceptionnelle, exorbitante? Ne va-t-il pas de soi que, dans tous les cas où les témoignages sont admissibles, les présomptions de fait le sont également? Il est donc certain que la preuve dont nous parlons n'est pas régie par l'art. 1353.

Nous n'hésitons pas à dire que la décision judiciaire qui poserait en principe l'assimilation de la preuve par commune renommée aux présomptions simples pourrait être déférée à la cour suprême.

2651 VIII. D'après quelles formes la preuve par la commune renommée doit-elle être reçue ? Dans le silence de la loi, il faut, croyons-nous, répondre qu'elle doit être reçue dans les mêmes formes que la preuve testimoniale, par conséquent dans les formes des enquêtes ordinaires. La preuve par la commune renommée n'est, d'ailleurs, qu'une sorte de preuve par témoins (1).

2651 IX. Quand la preuve par la commune renommée est administrée dans l'un des cas où le législateur l'autorise (2), elle a effet aussi bien envers les tiers qu'à l'égard de la partie contre laquelle on l'invoque. Les dispositions des articles 1415, 1442 et 1504, étant conçues en termes généraux, excluent toute distinction sur ce point. Dans les cas par elles visés, la preuve par la commune renommée a le caractère de preuve légale. On ne saurait donc en restreindre les effets sans verser dans l'arbitraire (3).

(1) Bonnier, *op. cit.*, n. 244; *Encyclopédie du droit*, v° *Preuve par commune renommée*, n. 2; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 298; Demolombe, XXX, n. 227; Garsonnet, *op. cit.*, 2e édit., III, § 355, p. 78 et 79. — Bourges, 2 juin 1824, S. chr., VII. 2. 374. — Civ. cass., 17 janv. 1838, S., 38. 1. 162.

(2) Poitiers, 6 mai 1836, S., 36. 2. 472.

(3) Bonnier, *op. cit.*, n. 247; *Encyclopédie du droit*, v° *cit.*, n. 2; Demolombe, XXX, n. 228. — Bordeaux, 20 juin 1826, S. chr., VIII. 2. 245.

SECTION III

DES PRÉSOMPTIONS

2652. « *Les présomptions sont des conséquences que la loi* » *ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* ». Art. 1349.

La présomption consiste donc à tirer une conséquence d'un fait démontré. En d'autres termes, pour parler comme la plupart des auteurs, c'est une induction (1). On appelle aussi présomption le jugement porté par la loi ou le magistrat sur la vérité du fait inconnu au moyen de l'induction qu'on tire du fait connu.

Un exemple fera mieux comprendre ces définitions. La loi présume que le créancier a été payé ou qu'il a renoncé au droit de l'être, lorsqu'il a remis volontairement au débiteur son titre original sous signature privée. Art. 1282. Le fait connu, c'est l'abandon volontaire par le créancier du titre constatant sa créance; le fait inconnu, c'est la libération du débiteur. Cela posé, comme ordinairement le créancier ne remet son billet au débiteur que lorsqu'il a été payé ou lorsqu'il renonce au droit de l'être, il est logique d'en tirer cette conséquence que le débiteur qui est en possession du titre a été libéré par l'effet soit d'un paiement, soit d'une remise de dette (2). Ce raisonnement, ou, si l'on veut, le jugement de l'esprit qui en résulte, constitue ce qu'on nomme une *présomption*.

A ce point de vue, toutes les preuves semblent être des présomptions; car toutes reposent sur un fait constant, d'où l'on induit la vérité du fait contesté. Ainsi, dans la preuve littérale, il y a un fait connu, l'écrit sur lequel l'esprit s'appuie pour en induire la vérité d'un fait inconnu, celui qui est litigieux. Quelle différence y a-t-il donc entre la présomption

(1) Quand la doctrine s'exprime ainsi, elle prend le mot *induction* dans un sens large. En effet, le moyen de preuve qu'on appelle présomption n'appartient point à la méthode inductive. Il consiste à faire l'application d'une vérité d'observation au cas particulier dont il s'agit. C'est donc bien l'emploi de la méthode syllogistique ou déductive. Beudant, *op. cit.*, n. 1080; Planiol, II, p. 5, note 1.

(2) V. notre tome III, n. 1776 s.

et les autres moyens de preuve? Dans ceux-ci, le raisonnement par voie d'induction est tellement rapide et spontané qu'il échappe en quelque sorte à la perception. Ce phénomène intellectuel est surtout apparent dans l'aveu et dans la preuve littérale. On dit pour cette raison que la preuve qui en découle est *directe*. Au contraire, dans la présomption, le travail de l'induction est très sensible et facile à percevoir, et c'est pour cela qu'il en constitue l'élément prédominant et constitutif (1). Si, dans la présomption, le raisonnement est plus long et plus pénible, il est aussi moins sûr. Les autres moyens de preuve font naître la *certitude morale,* simplement morale, parce qu'il est évident que dans les matières juridiques on n'arrive jamais à cette certitude absolue que donnent les expériences dans les sciences physiques et les calculs dans les mathématiques. La conviction que la présomption communique à l'esprit, est moins forte : elle engendre une simple *probabilité* fondée sur ce qui arrive ordinairement. « *Præsumptio sumitur*, dit Cujas, *ex eo quod plerumque fit* » (2).

2652 I. Le Code divise les présomptions en *présomptions établies par la loi* et en *présomptions qui ne sont pas établies par la loi,* suivant que l'induction est tirée par la loi elle-même ou par le juge. Cette division correspond à celle de Pothier en *présomptions de droit* et en *présomptions simples* (3).

On dit aussi *présomptions légales* et *présomptions de fait* ou *présomptions de l'homme.*

Nous traiterons successivement de ces deux espèces de présomptions.

§ I. *Des présomptions établies par la loi.*

I. *Notions générales.*

2653. L'art. 1350, al. 1, donne cette définition : « *La » présomption légale est celle qui est attachée par une loi spé- » ciale à certains actes ou à certains faits* ».

(1) Bonnier, *op. cit.*, n. 29.
(2) *In parat. ad tit. Cod. de probat. et præs.*
(3) *Oblig.*, n. 840, dern. al. (édit. Dupin, I, p. 490).

Les présomptions de droit présentent plus de danger que les présomptions de l'homme; elles sont fondées en effet sur cette idée que, puisqu'une certaine chose est vraie en général, elle doit l'être dans l'espèce qu'il s'agit de juger. Elles consistent donc en un simple calcul des probabilités, procédé très hasardeux (1).

En réalité, comme nous le verrons, en étudiant la disposition de l'art. 1352, al. 1, les présomptions légales ne constituent pas des moyens de preuve. Ce sont des dispenses de preuve (2).

Ces présomptions, étant établies « par une loi », sont obligatoires pour les juges. Ils doivent donc les admettre même lorsqu'ils ont acquis la conviction qu'elles sont contraires à la vérité (3).

Les termes restrictifs de l'art. 1350, al. 1, indiquent qu'il n'y a de présomption légale qu'en vertu d'une disposition particulière de la loi, et qu'on ne peut en induire une que du fait spécialement déterminé par une pareille disposition. De là il suit que les présomptions légales ont pour caractère essentiel d'être *de droit strict*. On ne peut ni pour cause d'identité de motif, ni même en vertu d'un argument *a fortiori*, les étendre à des cas non prévus par la loi (4).

2654. Après les avoir définies, le législateur en cite quelques exemples : « *Tels sont* », ajoute l'art. 1350 :

1° « *Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés* » *faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qua-* » *lité* ». Ainsi l'art. 911, après avoir déclaré nulle toute donation faite au profit d'un incapable, frappe de la même nullité celle qui est faite à certains parents qu'elle répute personnes interposées. C'est une présomption, puisque, de ce fait connu que la disposition est faite à tel parent, on induit cet autre fait, inconnu celui-là, qu'elle s'adresse en

(1) Planiol, II, 1re édit., n. 16, dern. al., 2e et 3e édit., n. 14, al. 4.

(2) V. *infra*, n. 2656.

(3) Mourlon, II, n. 1617, al. 2; Larombière, VII, p. 4 (art. 1350, n. 1, al. 2).

(4) Toullier, X, n. 32; Mourlon, II, n. 1617, al. 3; Colmet de Santerre, V, n. 237 *bis*-I; Larombière, VII, p. 4 (art. 1350, n. 2); Demolombe, XXX, n. 252; Laurent, XIX, n. 608, Arntz, III, n. 397, al. 1; Vigié, II, n. 1718; Huc, VIII, n. 302, p. 381; Planiol, II, 1re édit., n. 18, 2e et 3e édit., n. 15.

réalité à l'incapable lui-même ; et c'est en outre une présomption légale, puisque c'est la loi qui tire cette conséquence (V. encore art. 918 et 1100 C. civ. et art. 446 C. com.).

2655. 2° « *Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété » ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées* ». Ainsi la prescription acquisitive est fondée sur une présomption de propriété, que la loi tire d'une possession prolongée ; de même la prescription libératoire est fondée sur une présomption de libération, que la loi induit du silence gardé par le créancier pendant un temps déterminé. Art. 2219.

Nous avons déjà rencontré d'autres applications du même principe dans les art. 1282 et 1283 (1).

Indiquons, en outre, les dispositions des art. 553, 653, 666, 670, 1402, 1908, 2231, 2232, 2234.

2656. 3° « *L'autorité que la loi attribue à la chose jugée* ». Lorsqu'une décision judiciaire qui a statué sur une contestation n'est plus susceptible d'être attaquée par une voie de recours, il y a chose jugée. Le législateur présume que cette décision est, soit en fait, soit en droit, conforme à la vérité.

Cette présomption légale sera, par suite de son importance, l'objet d'une étude spéciale (2).

2656 I. 4° « *La force que la loi attache à l'aveu de la partie » ou à son serment* ». Cette disposition finale de l'art. 1350 est le résultat d'une inadvertance du législateur : l'aveu et le serment ne sont pas de simples présomptions légales, mais de véritables preuves, au même titre que la preuve littérale ou celle par témoins ; l'art. 1316 le reconnaît formellement (3).

2657. L'énumération que nous venons de trouver dans l'art. 1350 n'est point limitative. D'autres présomptions

(1) V. *supra*, n. 1776 s.

(2) V. *infra*, n. 2665-2694.

(3) Marcadé, V, sur l'art. 1351, II, al. 3 ; Demolombe, XXIX, n. 217, XXX, n. 235 ; Laurent, XIX, n. 611 ; Thiry, III, n. 159, 4° ; Huc, VIII, n. 302 ; Beudant, *op. cit.*, n. 1077, p. 672 *in fine*, 673, n. 1082, al. 2, p. 676, *in fine*, n. 1090. — Cpr. Arntz, III, n. 402.

légales résultent de divers textes [1]. Nous renvoyons aux dispositions des art. 1, 312, 314 et 315, 710 à 722, 847 et 849 C. civ.

On trouve également dans le Code de commerce plusieurs présomptions qui ne rentrent pas dans les cas prévus par l'art. 1350 (V. art. 117, 375 à 377, 632, 638, al. 2).

Diverses présomptions ont été établies par des lois spéciales :

La loi du 20 août 1881 dispose que les chemins d'exploitation qui servent à la communication entre divers héritages « sont présumés appartenir aux riverains », chacun pour moitié. Art. 33.

La loi du 1er juillet 1901, sur les associations, a établi des présomptions d'interposition de personnes soit contre les membres des congrégations qui serviraient à celles-ci de prête-nom, soit contre les propriétaires des immeubles qu'elles occupent. Art. 17.

2657 I. Toutefois, il ne faut pas voir des présomptions légales dans certaines dispositions législatives dont les motifs, il est vrai, sont des présomptions particulières, mais qui, à la différence des présomptions légales, ne constituent pas des dispenses de preuve. Telle est, par exemple, la disposition qui déclare les mineurs et les interdits incapables de contracter (art. 1125, 1304 et 1305). Elle établit une incapacité fondée sur l'état des facultés intellectuelles de ces deux catégories de personnes. Mais on ne peut pas dire pour cela qu'elle dispense de prouver un certain fait [2].

II. *Force probante des présomptions légales.*

2658. « *La présomption légale,* dit l'art. 1352, al. 1, *dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe* ». Ainsi la présomption légale n'est pas un mode de preuve, mais bien une dispense de preuve. Il ne faut pas, sur ce

[1] Marcadé, V, sur l'art. 1351, II, al. 2 ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 162; Larombière, VII, p. 7 (art. 1350, n. 7); Demolombe, XXX, n. 256; Laurent, XIX, n. 612 ; Arntz, III, n. 397, al. 2.

[2] Larombière, VII, p. 8 (art. 1350, n. 8) ; Demolombe, XXX, n. 254. — V. cependant Duranton, XIII, n. 421 s.

point, se laisser illusionner par le rapprochement qui s'établit naturellement dans l'esprit entre les présomptions légales et les présomptions simples. Celles-ci, étant fournies par les parties elles-mêmes, sont des preuves. Mais il n'en est pas de même de celles-là. Le texte de la loi est formel à cet égard : « La présomption légale *dispense* de toute preuve ». La présomption légale constitue un déplacement du fardeau de la preuve (1).

Cette règle est commune à toutes les présomptions légales. En effet, dès que la loi tient un fait pour démontré, on ne conçoit pas que la partie qui se prévaut de ce fait puisse avoir à le prouver. D'ailleurs l'art. 1352 ne distingue pas (2).

2659. Mais, bien entendu, la personne qui fait appel à une présomption légale devra établir que toutes les conditions, exigées par la loi pour l'existence de cette présomption, se trouvent réunies. Ainsi, quand j'invoque la prescription acquisitive ou la prescription libératoire, c'est à moi de prouver que j'ai possédé pendant le temps voulu la chose revendiquée, ou qu'il s'est écoulé un temps suffisant depuis que ma dette a pris naissance; de même, si j'invoque la présomption résultant de l'autorité de la chose jugée, je dois établir qu'il y a chose jugée. Ce n'est là du reste que l'application du droit commun : tout plaideur doit justifier de l'exactitude des faits qu'il avance à l'appui de sa demande ou de son exception (3).

2660. Les présomptions légales font preuve, mais jusqu'à quel degré? Est-il permis de démontrer, dans le cas particulier soumis au juge, l'inexactitude du raisonnement consacré par la loi; en d'autres termes, peut-on combattre les présomptions légales par la preuve contraire? Il y a des présomptions qui admettent la preuve contraire, et d'autres qui ne l'admettent pas : les premières s'appellent *juris tantum*, les secondes *juris et de jure*. L'usage a accepté ces expressions un peu barbares, qui paraissent venir de la pratique du XVIe siècle et

(1) Planiol, II, 1re édit., n. 57, 2e et 3e édit., n. 53.
(2) Laurent, XIX, n. 613, al. 2; Aubry et Rau, III, n. 398.
(3) Duranton, XIII, n. 411 ; Marcadé, V, sur l'art. 1352, I, al. 3 à 5; Mourlon, II, n. 1631; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 162; Larombière, VII, p. 199 (art. 1352, n. 2); Demolombe, XXX, n. 259; Laurent, XIX, n. 614.

dont il est impossible de donner une traduction littérale. Quoi qu'il en soit, la distinction présentée résulte implicitement de l'art. 1352, al. 2 : « *Nulle preuve n'est admise contre la* » *présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette* » *présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en* » *justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et* » *sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires* ». Ainsi la loi se borne à indiquer les présomptions légales qui ont une force probante absolue. Cette énumération est limitative; car, en principe, la preuve contraire est de droit (cpr. art. 256 C. pr.). Il faut en conclure que toutes les autres présomptions légales admettent la preuve contraire (1).

2661. Cette preuve peut être administrée à l'aide de tous les moyens organisés par le droit commun.

Elle peut donc être faite même par témoins ou par présomptions de l'homme, du moins dans les cas où ces deux derniers modes de preuve sont admissibles. Rien n'autorise à penser que le législateur a entendu qu'il en fût autrement. L'opinion contraire, enseignée par Toullier, n'a obtenu aucune adhésion (2).

2662. Puisque les présomptions *juris tantum* constituent la règle, il nous suffira de parler des présomptions *juris et de jure*.

Elles existent dans deux cas :

1° *Quand, sur le fondement de la présomption, la loi annule certains actes.* Les actes ou faits juridiques dont il est ici question, sont ceux « que la loi déclare nuls, comme présu- » més faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule » qualité ». Art. 1350-1° (3).

(1) Toullier, X, n. 48; Duranton, XIII, n. 412; Bonnier, *op. cit.*, n. 841; Zachariæ, § 766, texte et note 2; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 162, texte et note 5; Larombière, VII, p. 204 (art. 1352, n. 7); Demolombe, XXX, n. 267; Laurent, XIX, n. 615; Arntz, III, n. 399; Planiol, II, 1re édit., n. 49, 2e et 3e édit., n. 45.

(2) Duranton, XIII, n. 412; Marcadé, V, sur l'art. 1352, IV; Bonnier, *op. et loc. cit.*; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 163, texte et note 6; Larombière, VII, p. 205 (art. 1352, n. 8); Demolombe, XXX, n. 268; Laurent, XIX, n. 616. — Nîmes, 22 mai 1819, S. chr., VI. 2. 76, D. *Répert. alph.*, vo *Louage*, n. 142. — Civ. rej., 24 fév. 1846, D. P., 46. 1. 98. — *Contra* Toullier, X, n. 63.

(3) V. *supra*, n. 2652.

2° *Quand, sur le fondement de la présomption, la loi dénie l'action en justice.* Jamais la loi ne dénie, à proprement parler, l'action en justice; il est toujours permis d'intenter une action devant les tribunaux. L'art. 1352 fait allusion au cas où le défendeur a le droit d'opposer une fin de non-recevoir, qui fait tomber la demande sans que le juge ait à examiner le fond de la prétention (1). On peut citer, à titre d'exemples, la présomption fondée sur l'autorité de la chose jugée, et celles résultant de la prescription, ou de la remise volontaire du titre original sous signature privée, faite par le créancier au débiteur. Art. 1282.

Voilà les seules hypothèses dans lesquelles la preuve qui s'induit des présomptions légales ne peut être détruite par la preuve contraire.

2663. Cette force probante absolue reçoit exception dans deux cas qui sont un retour à la règle.

α. — *Lorsque la loi a réservé expressément la preuve contraire.* On ne trouve aucun exemple d'une pareille réserve en ce qui concerne les présomptions sur le fondement desquelles la loi annule certains actes (2). Quant à celles sur le fondement desquelles la loi refuse l'action en justice, on ne cite, dans le droit relatif au patrimoine, que l'exemple emprunté à l'art. 1283 (3). Nous avons indiqué plus haut le motif de cette disposition spéciale (4).

2664. β. — Les présomptions *juris et de jure,* contre lesquelles la loi n'a pas réservé la preuve contraire, sont, néanmoins, renversées par la preuve résultant de l'*aveu* de celui en faveur duquel la présomption existe ou du *serment litis-décisoire.* Ainsi je suppose que ma situation soit protégée par

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 163 *in fine* et p. 164, texte et note 9; Larombière, VII, p. 201 (art. 1352, n. 4); Demolombe, XXX, n. 270; Arntz, III, 401, dern. al.

(2) Toullier, X, n. 60; Duranton, XIII, n. 413; Bonnier, *op. cit.,* n. 845; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 164, note 10; Laurent, XIX, n. 620; Thiry, III, n. 173, p. 201. — V. cependant Demolombe, XXX, n. 271.

(3) Duranton, Bonnier, Aubry et Rau, Laurent, Thiry, *loc. cit.* — Cpr. Mourlon, II, n. 1634; Larombière, VII, p. 201 *in fine* (art. 1352, n. 4, al. 4 à 7); Demolombe, XXX, n. 270. — V. cependant Toullier, *loc. cit.*

(4) V. *supra,* n. 1776, al. 4.

une présomption *juris et de jure,* contre laquelle la loi n'a nulle part réservé la preuve contraire. Vous aurez cependant deux moyens de démontrer la fausseté de la présomption légale : en provoquant mon aveu d'abord, ou en me déférant le serment litis-décisoire, si du moins je refuse de le prêter. Tel est le sens que nous attribuons à ces expressions un peu obscures de l'art. 1352 *in fine : « et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires »*. Solution d'ailleurs fort rationnelle. Ces deux modes de preuve sont bien de nature à détruire l'effet d'une présomption légale, même quand elle est douée d'une force probante absolue; car c'est la personne même en faveur de laquelle elle milite, qui la proclame inexacte par l'aveu exprès du droit de son adversaire ou par l'aveu tacite résultant de son refus de prêter serment (1).

Il y a cependant une restriction nécessaire à cette preuve supérieure qui découle de l'aveu et du serment : elle reste inefficace contre les présomptions légales fondées sur l'ordre public (2). Telle est la présomption attachée à l'autorité de la chose jugée.

C'est d'elle que nous allons nous occuper maintenant.

III. *De la présomption fondée sur l'autorité de la chose jugée* (3).

2665. La présomption qui va nous occuper est consacrée par l'art. 1350-3°, et exprimée dans une forme classique par l'ancien adage *Res judicata pro veritate habetur.* Remarquons

(1) Marcadé, V, sur l'art. 1352, III, al. 3 et 4; Mourlon, II, n. 1635; Colmet de Santerre, V, n. 329 *bis :* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 164, texte et note 11; Demolombe, XXX, n. 277; Laurent, XIX, n. 621; Arntz, III, n. 402; Thiry, III, n. 173, p. 201 *in fine;* Vigié, II, n. 1730; Huc, VIII, n. 343; Planiol, 1re édit., n. 52, 2e et 3e édit., n. 48; Beudant, *Les contrats et les obligations,* n. 1094, p. 685 *in fine,* 686. — Civ. rej., 13 janv. 1875, S., 75. 1. 244, D. P., 75. 1. 117. — V. cependant Duranton, XIII, n. 414-415; Larombière, VII, p. 210-211 (art. 1352, n. 11).

(2) Marcadé, V, sur l'art. 1352, III, al. 5; Mourlon, même numéro, dern. al.; Colmet de Santerre, Aubry et Rau, Demolombe, Laurent, Arntz, Thiry, *loc. cit.*

(3) V. principalement sur cette matière P. Lacoste, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative,* Paris, Librairie de la Société générale des lois et des arrêts, 1 vol. in-8, 1re édit., 1894, 2e édit. 1904. — V. aussi Griolet, *Traité de l'autorité de la chose jugée,* Paris, 1868, 1 vol. in-8; Allard, *Etude sur la chose jugée,* Paris, 1876, 1 vol. in-8.

que l'adage ne dit pas : *Res judicata veritas est.* Il se peut en effet qu'une décision judiciaire soit en fait contraire à la vérité : le juge n'est pas à l'abri des erreurs ni même des prévarications. Mais de pareilles sentences constitueront une rare exception, grâce aux garanties de savoir et d'impartialité qu'offrent nos magistrats et à l'établissement des voies légales de recours. Presque toujours la sentence du juge sera donc l'expression de la vérité. La loi élève cette probabilité à la hauteur d'une présomption, et d'une présomption qui n'admet pas la preuve contraire, d'une présomption *juris et de jure.* En effet l'art. 1352, al. 2, dit que : « Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle.... *dénie l'action en justice...* » Or telle est précisément la présomption *Res judicata pro veritate habetur;* car, sur le fondement de cette présomption, la loi dénie l'action en justice au plaideur qui veut remettre en question ce qui a déjà été jugé. Elle la lui dénie en ce sens que, s'il attaque désormais, pour le même objet, son adversaire qui a obtenu gain de cause, il suffira à celui-ci, pour triompher dans ce nouveau débat, d'invoquer l'autorité de la *chose jugée,* c'est-à-dire de la décision judiciaire qui a déjà tranché le litige, d'opposer l'exception *rei judicatæ :* ce qui dispensera le juge d'examiner le fond du débat. L'office du juge de la nouvelle action sera de rechercher, non pas si la prétention que le demandeur soulève est ou n'est pas fondée, mais si elle a ou non été tranchée par un jugement antérieur, et, dans le cas de l'affirmative, il devra repousser l'action. Il fallait bien qu'il en fût ainsi ; autrement les procès n'auraient pas eu de fin, puisque ce qui a déjà été jugé aurait pu être remis perpétuellement en question : ce qui eût été une occasion permanente de trouble dans la société, et par suite une atteinte à l'ordre public. L'autorité que la loi attache à la chose jugée offre encore l'avantage de prévenir le scandale qui résulterait de la contrariété de plusieurs décisions judiciaires relatives à un même litige : rien ne serait plus propre à affaiblir le respect dû à la justice. Elle aura sans doute pour effet, dans quelques cas isolés, de consommer une iniquité, car les juges ne sont pas infailli-

bles; mais l'intérêt privé doit se taire devant l'intérêt général (1).

A. *Des jugements auxquels s'attache l'autorité de la chose jugée.*

2666. Deux conditions sont requises pour que l'autorité de la chose jugée s'attache à un jugement.

1° Il faut qu'il émane de la *juridiction contentieuse*, en d'autres termes qu'il tranche un différend. L'autorité de la chose jugée n'appartient pas aux jugements qui émanent de la juridiction gracieuse (2), tels que ceux qui admettent des adoptions (3), qui homologuent soit des partages (4), soit des avis des conseils de famille (5), qui permettent l'aliénation d'immeubles dotaux (6), qui prononcent une adjudication dans

(1) « Singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur ». Paul, L. 6, D., *De except. rei judic.*, XLIV, 2.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 367; Larombière, VII, p. 27 (art. 1351, n. 12); Demolombe, XXX, n. 286; Laurent, XX, n. 5; Huc, VIII, n. 304; Garsonnet, *Tr. th. et prat. de la procéd.*, 1re édit., III, § 469, p. 258, et VII, § 1448, p. 228, 2e édit., III, § 1133, p. 562-563, et VIII, § 2970, p. 250-251; Lacoste, n. 131. — Trib. civ. Lyon, 25 déc. 1898, *Mon. judic. Lyon*, 30 janv. 1899. — Civ. cass., 24 déc. 1901 (1re et 2e espèce), S., 1902. 1. 353 s. — Angers, 19 août 1901, S., 1904. 2. 29.

(3) Aubry et Rau, Larombière, Demolombe, Laurent, Huc, *loc. cit.*; Lacoste, n. 134. — Colmar, 28 juil. 1821, joint à Civ. cass., 5 août 1823, S. chr., VII. 1. 304. — Req., 22 nov. 1825, S. chr., VIII. 1. 219. — Caen, 15 mai 1867, S., 68. 2. 17, D. P., 73. 1. 158. — Civ. cass., 13 mai 1868, S., 68. 1. 338, D. P., 68. 1. 249. — Trib. Villefranche, 2 déc. 1880, D. P., 81. 3. 29. — Civ. rej., 20 juil. 1887, D. P., 88. 1. 171. — V. aussi Civ. cass., 10 fév. 1892, S., 92. 1. 140, D. P., 92. 1. 329.

(4) Req., 11 juin 1838, S., 38. 1. 831. — Lyon, 26 janv. 1841, D. P., 42. 1. 398. — Req., 3 mai 1897, S., 97. 1. 488, D. P., 97. 1. 224. — V. dans le même sens, Aubry et Rau, 4e édit., VI, p. 583-584, texte et note 25, et VIII, p. 367; Demolombe, XVII, n. 425, et XXX, n. 286; Huc, *loc. cit.*; Lacoste, n. 140.

(5) Civ. cass., 18 juil. 1826, S. chr., VIII. 1. 395. — Aix, 3 fév. 1832, S., 33. 2. 307. — Req., 17 déc. 1849, S., 50. 1. 299, D. P., 50. 1. 77. — V. dans le même sens, Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 367; Larombière, VII, p. 29 (art. 1351, n. 12); Demolombe, XXX, n. 286; Huc, *loc. cit.*; Lacoste, n. 137.

(6) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 367; Larombière, VII, p. 27-30 (art. 1351, n. 12); Demolombe, Huc, *loc. cit.*; Laurent, XX, n. 8; Guillouard, *Du contrat de mar.*, IV, n. 2015; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mar.*, III, n. 1709; Lacoste, n. 147. — Caen, 18 déc. 1837, S., 39. 2. 186; 12 juin 1842, S., 42. 2. 462. — Req., 7 juil. 1851, S., 51. 1. 472, D. P., 51. 1. 297. — Caen, 28 mars 1881, S., 82. 2. 81. — Req., 27 nov. 1883, S., 84. 1. 161, D. P., 85. 1. 39; 25 janv. 1887, S., 90. 1. 434, D. P., 87. 1. 473. — Limoges, 17 juil.

une vente judiciaire (1), qui accordent l'envoi en possession des biens d'un absent (2). Ces décisions n'ont du jugement que l'apparence; elles ont plutôt la valeur de simples actes.

2667. Mais, d'ailleurs, l'autorité de la chose jugée est attachée à tout jugement rendu en matière de juridiction contentieuse. Peu importe qu'il émane d'un tribunal de droit commun ou d'un tribunal d'exception (3).

Peu importe également qu'il émane d'un juge agissant seul en vertu d'une délégation du tribunal. Les procès-verbaux de clôture d'ordre ou règlements définitifs du juge-commissaire ont donc la force de la chose jugée, soit à l'égard du débiteur et des créanciers, soit à l'égard des créanciers entre eux, ou, plus généralement, de toutes les parties ayant figuré dans l'instance (4).

2668. Notre principe s'applique aussi aux sentences arbitrales (5); mais elles ne peuvent produire leur effet qu'après avoir été rendues exécutoires par une ordonnance du président du tribunal, conformément à l'art. 1021 C. pr. civ. (6).

1890, joint à Req., 4 nov. 1891, S., 95. 1. 490, D. P., 92. 1. 287. — Trib. Lombez, 19 fév 1891, S., 93. 2. 97. — Agen, 29 mars 1892, S., 93. 2. 81, D. P., 92. 2. 253. — *Contra* Bertin, *Chambre du conseil*, n. 1149. — Grenoble, 9 nov. 1839, S., 40. 2. 209. — Lyon, 4 juin 1841, S., 41. 2. 612.

(1) Aubry et Rau, III, 4e édit., p. 253, note 14, 5e édit., p. 424, note 14; Laurent, XX, n. 9; Huc, *loc. cit.*; Lacoste, n. 144. — Req., 24 fév. 1868, D. P., 68. 1. 308.

(2) Aubry et Rau, Demolombe, Huc, *loc. cit.* — Civ. rej., 3 déc. 1834, S., 35. 1. 230, D., *Répert. alph.*, v° *Chose jugée*, n. 256-1°, et v° *Absent*, n. 311. — Colmar, 18 janv. 1850, S., 51. 2. 533, D. P., 51. 2. 161.

(3) Lacoste, n. 884; Beudant, *op. cit.*, n. 1110.

(4) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 368; Larombière, VII, p. 30-31 (art. 1351, n. 13); Lacoste, n. 194 s. — Req., 25 mai 1836, S., 37. 1. 214, *Répert. alph.*, v° *Chose jugée*, n. 37. — Civ. rej., 9 déc. 1846, S., 47. 1. 272, D. P., 47. 1. 45. — Req., 15 mai 1849, S., 49. 1. 641, D. P., 49. 1. 131; 11 juil. 1853, S., 55. 1. 202, D. P., 54. 1. 309. — Civ. rej., 20 avril 1857, S., 57. 1. 823, D. P., 57. 1. 164. — Req., 13 juil. 1864, S., 64. 1. 350, D. P., 64. 1. 340; 7 août 1878, S., 79. 1. 401, D. P., 79. 1. 269. — Civ. cass., 30 nov. 1886, S., 90. 1. 386; 28 janv. 1889, S., 89. 1. 355; 5 fév. 1894, S., 98. 1. 319, D. P., 94. 1. 554; 17 oct. 1894, S., 94. 1. 488, D. P., 94. 1. 520.

(5) Duranton, XIII, n. 460; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Larombière, VII, p. 19 (art. 1351, n. 5); Laurent, XX, n. 6; Lacoste, n. 204. — Req., 11 juin 1838, S., 38. 1. 831; 6 mars 1865, S., 65. 1. 265, D. P., 65. 1. 249; 27 juin 1894, S., 98. 1. 460. — Nancy, 21 mai 1895, D. P., 96. 2. 398.

(6) Duranton, Aubry et Rau, Larombière, Laurent, *loc. cit.*; Lacoste, n. 205. — Req., 6 mars 1865, précité.

2669. Quant aux jugements d'expédient, que faut-il décider ? La question est controversée. A notre avis, il convient de les considérer comme de véritables jugements ; et, en conséquence, ils sont revêtus de l'autorité de la chose jugée. On objecte qu'ils ne mettent pas fin à un litige, qu'ils sont rédigés par les parties et qu'ils rentrent, par suite, dans la juridiction gracieuse. Mais cette conclusion doit être rejetée. En prononçant les jugements d'expédient, les tribunaux acceptent les accords des parties et se les approprient. Il n'est point vrai qu'ils se bornent à leur conférer l'authenticité. D'ailleurs, aucun texte législatif ne distinguant ces jugements des jugements ordinaires, on ne saurait les mettre au nombre des actes de la juridiction gracieuse (1).

2669 I. Les décisions rendues par un juge incompétent (2), alors même qu'il y aurait incompétence *ratione materiæ* (3), peuvent acquérir l'autorité de la chose jugée. Ce principe est consacré par une jurisprudence constante : « Si l'exception d'incompétence *ratione materiæ* peut être proposée en tout état de cause, même devant la cour de cassation, cette règle — dit la chambre civile — cesse d'être applicable lorsqu'il est intervenu sur cette exception une décision définitive à l'abri de tout recours et qui..... a acquis à cet égard l'autorité de la chose jugée » (4).

(1) Sic Carré, IV, quest. 1631 ; Troplong, *Des transactions*, n. 37 ; Aubry et Rau, IV, p. 158 ; Griolet, p. 89 ; Garsonnet, *Tr. th. et prat. de proc. civ.*, 1re édit., V, p. 924, § 1122, 2e édit., VI, p. 807, § 2568 ; Lacoste, n. 166. — Req., 28 mars 1866, S., 66. 1. 246, D. P., 66. 1. 494. — Civ. cass., 9 avril 1866, S., 66. 1. 247, D. P., 66. 1. 495. — Req., 27 octobre 1885, S., 89. 1. 13, D. P., 86. 1. 37. — Trib. civ. Seine, 12 novembre 1901, *Gaz. Trib.*, 1902, 2e semestre, 1. 394, *Droit*, 10-11 mars 1902. — Paris, 24 novembre 1902, D. P., 1903. 2. 86. — *Contra* Merlin, *Répert.*, v° *Conventions matrimoniales*, § 2, et *Quest.*, v° *Appel*, § I, n. 6. — Civ. cass., 11 nov. 1873, S., 74. 1. 372, D. P., 73. 1. 455. — Toulouse, 21 janvier 1885, D. P., 86. 2. 73 (note de M. Glasson en sens contraire). — Cpr. Labbé, note sous Req., 12 fév. 1878, S., 80. 1. 161, P., 80. 363. — Civ. cass., 22 août 1871, S., 71. 1. 228, D. P., 71. 1. 136.

(2) Civ. cass., 20 août 1867, D. P., 67. 1. 376. — *Adde* Nancy, 13 février 1867, D. P., 67. 2. 36.

(3) Civ. rej., 9 avril 1872, D. P., 73. 1. 331. — Civ. cass., 12 mars 1873, S., 73. 1. 398, D. P., 73. 1. 366 ; 15 novembre 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 569.

(4) Civ. rej., 9 avril 1872, précité.

Il a été fait notamment application de ce principe aux ordonnances de taxe (1).

D'autre part les manœuvres frauduleuses au moyen desquelles un jugement est obtenu ne font pas obstacle à ce qu'il acquière l'autorité de la chose jugée, s'il n'est pas attaqué par la voie extraordinaire de la requête civile (2).

2670. 2° Il faut que le jugement soit *définitif* (3). Mais, par ces expressions *jugement définitif*, on entend ici non pas seulement une décision statuant sur le fond de l'affaire, mais tout jugement ne rentrant pas dans l'une des trois espèces de jugements *avant dire droit*. Il faut, par suite, considérer comme définitif le jugement qui statue sur la compétence, sur la péremption d'instance ou sur une exception de garantie (4).

Au contraire la force de la chose jugée ne s'attache pas aux jugements *avant dire droit*. Elle n'appartient donc ni aux jugements préparatoires (5), ni aux jugements interlocutoires (6) ; en d'autres termes, le juge n'est pas lié par eux quant

(1) Civ. cass., 22 août 1871, précité.

(2) Civ. cass., 12 mars 1873, précité. — *Sic* Griolet, *op. cit.*, p. 173 et 174.

(3) Req., 31 mars 1885, S., 85. 1. 296, D. P., 85. 1. 188.

(4) Lacoste, n. 25.

(5) Toullier, X, n. 96 ; Duranton, XIII, n. 452; Bonnier, *op. cit.*, n. 300; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 368; Larombière, VI, p. 33 (art. 1351, n. 15); Laurent, XX, n. 23; Huc, VIII, n. 306, dern. al., 390; Garsonnet, *op. cit.*, III, 1re édit., p. 268, § 471, 2e édit., p. 572-573, § 1138; Griolet, *op. cit.*, p. 118; Lacoste, n. 27 s. — Civ. cass., 27 fév. 1838, S., 38. 1. 216. — Req., 3 déc. 1838, S., 39. 1. 322, D., *Rép. alph.*, v° *Chose jugée*, n. 41-2°; 20 août 1839, S., 40. 1. 230, D., *op.* et v° *cit.*, n. 41-3°; 10 juin 1902, D. P., 1904. 1. 426.

(6) Toullier, *loc. cit.*; Duranton, XIII, n. 453; Carré et Chauveau, IV, quest. 1616 et 1630; Bonnier, *op. cit.*, n. 301 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Larombière, VII, p. 33 art. 1351, n. 16); Laurent, XX, n. 26 et 27; Garsonnet, *op. cit.*, III, 1re édit., p. 265, § 470, 2e édit., p. 569, § 1137 ; Griolet, *op. cit.*, p. 118-119; Huc, VIII, n. 307; Glasson, *Préc. th. et prat. de proc.*, I, p. 345-346. — Req., 17 fév. 1825, S. chr., VIII. 1. 47, D., *Répert. alph.*, v° *Chose jugée*, n. 45-6° et v° *Prescription*, n. 379; 29 mai 1828, S. chr., IX. 1. 104; 4 janvier 1842, S., 42. 1. 349, — Civ. cass., 19 mars 1844, S., 44. 1. 301. — Orléans, 17 août 1848, S., 49. 2. 561, D. P., 49. 2. 1. — Req., 30 janvier 1856, S., 56. 1. 721, D. P., 56. 1. 139. — Civ. cass., 3 décembre 1856, S., 58. 1. 297, D. P., 56. 1. 441. — Civ. rej., 27 août 1865, S., 65. 1. 453, D. P., 65. 1. 352. — Req., 21 août 1871, S., 71. 1. 220, D. P., 71. 1. 212. — Civ. cass., 27 mai 1873, S., 73. 1. 463, D. P., 73. 1. 465. — Req., 25 novembre 1873, S., 75. 1. 398; 27 avril 1875, S., 75. 1. 263, D. P., 75. 1. 483; 1er août 1876, S., 77. 1. 69, D. P., 77. 1. 24; 18 décembre 1889, S., 90. 1. 344; 21 novembre 1894, S., 96. 1. 230, D. P., 95. 1. 277. — Nancy, 21 mars 1896, D. P., 96. 2. 518. —

à la décision définitive. Elle n'appartient pas davantage aux jugements provisoires, c'est-à-dire aux jugements qui contiennent seulement une condamnation sous forme de provision (1).

2671. D'ailleurs il suffit que le jugement soit définitif; peu importe qu'il puisse être l'objet d'un recours soit ordinaire, tel que l'opposition ou l'appel, soit extraordinaire, comme le pourvoi en cassation (2). Le jugement définitif jouit, dès qu'il est rendu, d'une autorité provisoire, qu'il ne perd qu'au moment où il est frappé d'un recours ordinaire, et qu'il conserve même après le recours formé, s'il s'agit d'un pourvoi en cassation (3).

Mais, en principe, dès que l'opposition est formée ou l'appel interjeté, l'autorité de la chose jugée s'évanouit (4).

2672. Il nous reste à présenter une observation importante: c'est que l'autorité de la chose jugée ne s'attache pas à toutes les parties d'un jugement. Il est de principe que le *dispositif* seul a force de chose jugée (5). Par conséquent cette force n'appartient ni aux *qualités* ni aux *motifs* (6).

Req., 13 mars 1899, S., 99. 1. 168, D. P., 99. 1. 446. — Trib. civ. Châteaubriand, 5 mai 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 2. 136. — Douai, 28 mars 1901, D. P., 1901. 2. 233.

(1) Toullier, X, n. 95; Duranton, XIII, n. 451; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 369; Larombière, VII, p. 35 (art. 1351, n. 17); Laurent, XX, n. 28. — Req., 27 fév. 1812, S. chr., IV. 1. 38; 26 juin 1816, S. chr., V. 1. 210. — Cpr. Huc, VIII, n. 306.

(2) Marcadé, V, sur l'art. 1351, I; Bonnier, *op. cit.*, n. 861; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 399; Larombière, VII, p. 16-18 (art. 1351, n. 2 et 3); Demolombe, XXX, n. 288; Laurent, XX, n. 17 et 18; Griolet, *op. cit.*, p. 90; Garsonnet, *op. cit.*, 1re édit., III, p. 239, § 465, 2e édit., p. 542, § 1126; Huc, VIII, n. 303; Lacoste, n. 15-18. — Req., 20 juill. 1882, S., 85. 1. 58, D. P., 83. 1. 161. — Civ. cass., 7 juill. 1890, S., 91. 1. 25, D. P., 90. 1. 301. — V. aussi Trib. Anvers, 25 fév. 1882, *Pasicr.*, 82. 317. — Bordeaux, 3 avril 1886, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 89. 269. — Poitiers, 3 mai 1886, D., 87. 2. 143. — Cass. Belgique, 29 nov. 1900, S., 1902. 4. 17. — Riom, 7 janv. 1891, D. P., 92. 2. 241. — *Contra* Bourges, 21 juin 1888, joint à Civ. cass., 7 juillet 1890, précité.

(3) Marcadé, Aubry et Rau, Larombière, Demolombe, *loc. cit.*

(4) *Quid* si le jugement est exécutoire par provision, nonobstant opposition ou appel? V. sur cette question, Lacoste, n. 22.

(5) V. surtout Lacoste, n. 214-229.

(6) Bonnier, *op. cit.*, n. 863; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 369; Larombière, VII, p. 36 (art. 1351, n. 18); Cardot, *Raison d'être, sens et portée d'application du principe que l'autorité de la chose jugée ne résulte pas des motifs, mais seulement du dispositif des jugements et arrêts, Rev. crit.*, 1863, XXII, p. 452; Demolombe, XXX, n. 290; Laurent, XX, n. 29; Griolet, *op. cit.*, p. 8; Garson-

Mais, si ces parties du jugement ne forment pas chose jugée, il faut cependant les prendre en considération pour interpréter le dispositif ou en déterminer l'étendue [1].

Ainsi un jugement n'a d'effets que dans les rapports réciproques des personnes qui ont été parties dans l'instance : c'est la lecture des qualités qui permettra de bien préciser quelles sont les parties en cause.

D'un autre côté, l'autorité de la chose jugée est restreinte aux seuls points qui font l'objet des conclusions déposées par les parties; au delà de cette limite, le juge est sans mission,

net, *op. cit.*, III, 1re édit., p. 239, § 465, texte et note 13, 2e édit., p. 543, § 1126; Lacoste, n. 215 s.; Huc, VIII, n. 310; Carré de Malberg, note dans *Pand. franç.*, 95. 2. 68. — Civ. cass., 5 juin 1821, S. chr., VI. 1. 446, D., *Répert. alph.*, vo *Chose jugée*, n. 20 et 202-1o. — Req., 21 déc. 1830, S., 31. 1. 152. — Bourges, 23 août 1831, S., 32. 2. 414. — Req., 9 janv. 1838, S., 38. 1. 559, D., *op.* vo *cit.*, n. 22. — Civ. rej., 23 juill. 1839, S., 39. 1. 560, D., *op.* et vo *cit.*, n. 22 *in fine*. — Req., 24 déc. 1839, S., 40. 1. 559; 8 juin 1842, S., 42. 1. 844. — Orléans, 17 août 1848, S., 49. 2. 561. — Req., 30 avril 1850, S., 50. 1. 497. — Civ. rej., 12 août 1851, S., 51. 1. 650, D. P., 51. 1. 235. — Req., 7 nov. 1854, S., 54. 1. 797; 30 juin 1856, S., 57. 1. 260, D. P., 57. 1. 93. — Civ. cass., 3 déc. 1856, S., 58. 1. 297, D. P., 56. 1. 441. — Nîmes, 24 nov. 1863, S., 63. 2. 267. — Req., 9 juin 1873, S., 74. 1. 375, D. P., 73. 1. 441. — Douai, 28 avril 1874, D. P., 75. 2. 49. — Req., 16 fév. 1876, S., 76. 1. 207; 30 déc. 1878, S., 79. 1. 68, D. P., 79. 1. 231. — Civ. rej. 17 mars 1880, S., 82. 1. 405. — Req., 11 juill. 1881, S., 82. 1. 12, D. P., 83. 1. 37. — Civ. rej., 10 fév. 1891, S., 91. 1. 248, D. P., 91. 1. 206; 8 juill. 1891, S., 93. 1. 313 (note de M. Bourcart). — Douai, 11 avril 1893, S., 96. 2. 148. — Civ. rej., 2 avril 1895, S., 99. 1. 307, D. P., 95. 1. 312. — Req., 28 fév. 1898, S., 98. 1. 456, D. P., 98. 1. 168. — Pau, 13 déc. 1899, S., 1900. 2. 35. — Limoges, 27 déc. 1898, *Droit*, 26 juill. 1899. — Trib. civ. Etampes, 28 nov. 1899, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 327. — Civ. rej., 21 fév. 1900, S., 1900. 1. 264, *Pand. franç.*, 1900. 1. 305. — Rennes, 26 nov. 1901, *Pand. franç.*, 1902. 2. 65, *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 276, *Droit*, 12 janv. 1902, *Gaz. Trib.*, 1902, 2e semestre, 1. 230, *Loi*, 11 déc. 1901. — Trib. com. Seine, 7 janv. 1903, *Loi*, 4 mars 1903. — Civ. cass., 30 juin 1903, D. P., 1903. 1. 381, *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 308, *Droit*, 8 nov. 1903. — V. aussi Orléans, 21 janv. 1898, D. P., 99. 1. 174.

[1] Bonnier, *op. cit.*, n. 863; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 370; Larombière, VII, p. 36 (art. 1351, n. 18); Demolombe, XXX, n. 291; Laurent, XX, n. 30; Garsonnet, *op. cit.*, III, 1re édit., p. 239-240, § 465, texte et note 15, 2e édit., p. 543, § 1126, texte et note 15; Bourcart, note sous Civ. rej., 8 juill. 1891, S., 93. 1. 313; Lacoste, n. 228. — Req., 25 juill. 1871, S., 71. 1. 100, D. P., 71. 1. 302; 7 mars 1876, S., 75. 4. 448, D. P., 76. 1. 103. — Civ. rej., 8 juill. 1891, précité. — Crim. cass., 20 mai 1902, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 150, *Mon. jud. Lyon*, 24 juill. 1902. — V. aussi Cardot, *Rev. crit.*, 1863, p. 452. — Civ. rej., 12 juill. 1865, S., 65. 1. 449, D. P., 66. 1. 129. — Paris, 13 mai 1904, *Gaz. Pal.*, 1905. 1. 34. — V. cep. Huc, VIII, n. 310.

et, s'il la dépasse, il commet un excès de pouvoir. Pour vérifier jusqu'où peuvent s'étendre les effets d'un jugement, il faut donc contrôler le dispositif par les conclusions, qui sont aussi reproduites dans les qualités (C. pr., art. 141).

2673. Bien plus, l'autorité de la chose jugée ne s'attache pas à toutes les parties du dispositif, mais seulement aux points qui s'y trouvent *décidés* (1). Elle n'existe pas à l'égard de ce qui est simplement indiqué sous forme d'*énonciations* (2). Un jugement, par exemple, qui, sur la demande du créancier, condamne un débiteur à payer des intérêts dont le capital se trouve énoncé, n'a pas force de chose jugée quant au montant du capital, parce que cette question n'a pas été agitée devant le juge (3).

Mais la chose jugée peut résulter d'une décision implicite aussi bien que d'une décision expresse (4).

B. *Conditions de l'autorité de la chose jugée.*

2674. Trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait autorité de la chose jugée. Elles sont énumérées par l'art. 1351 : « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard* » *de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose* » *demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la* » *même cause; que la demande soit entre les mêmes parties,* » *et formée par elles et contre elles en la même qualité* ».

Ce texte n'est que la reproduction de la doctrine romaine : *Quum quæritur hæc exceptio (rei judicatæ) noceat necne, inspiciendum est an idem corpus sit; — quantitas eadem, idem*

(1) Lyon, 23 fév. 1904, *Mon. jud. Lyon*, 7 déc. 1904.

(2) Cpr. ce que nous avons dit sur les énonciations contenues dans les actes. V. *supra*, n. 2083 s.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Larombière, VII, p. 48-49 (art. 1351, n. 29); Demolombe, XXX, n. 292; Laurent, XX, n. 32; Garsonnet, III, 1re édit., p. 240, § 465, 2e édit., p. 543, § 1126, note 13; Huc, *loc. cit.;* Lacoste, n. 230. — Req., 20 mars 1832, S., 33. 1. 304, D., *Répert. alph.*, v° *Chose jugée*, n. 183. — Civ. rej., 4 fév. 1833, S., 33. 1. 440, D., *op.* et v° *cit.*, n. 184. — Civ. cass., 18 mai 1835, S., 35. 1. 712. — Grenoble, 7 juin 1851, S., 51. 2. 213. — Civ. rej., 14 janv. 1852, S., 52. 1. 208, D. P., 52. 1. 29. — Req., 20 fév. 1855, S., 56. 1. 415. — Civ. rej., 21 fév. 1900, S., 1900. 1. 264, *Pand. franç.*, 1900. 1. 305. — V. aussi Req., 17 déc. 1878, S., 79. 1. 403, D. P., 79. 1. 255.

(4) Civ. cass., 15 nov. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 569.

jus; — et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum : quæ nisi omnia concurrunt, alia res est (1).

Ainsi les trois conditions requises pour qu'un jugement ait l'autorité de la chose jugée sont : 1° l'identité d'objet; 2° l'identité de cause; 3° l'identité de personnes.

N° 1. *Identité d'objet.*

2675. « Il faut que la chose demandée soit la même », dit la loi. L'objet d'une demande, c'est le bénéfice juridique immédiat que l'on se propose d'obtenir en la formant : c'est purement et simplement le droit dont on poursuit l'exécution; l'ajournement doit en contenir l'indication à peine de nullité. C. pr., art. 61.

Pour qu'on puisse invoquer avec fruit la présomption tirée de l'autorité de la chose jugée, il faut que la seconde action soit exercée en vue de faire reconnaître le même droit que celui sur lequel a statué une précédente décision judiciaire. Supposons que j'aie revendiqué la propriété d'un immeuble, et que ma demande ait été repoussée, si je viens vous réclamer sur le même immeuble un droit d'usufruit, on ne pourra pas m'opposer l'autorité de la chose jugée (2).

De même, le droit de propriété devant être distingué du fait de la possession, un jugement rendu au possessoire n'a pas, relativement au pétitoire, l'autorité de la chose jugée (3),

(1) L.L. 12, 13, 14, *De except. rei judic.*, XLIV, 2.

(2) Toullier, X, n. 154; Duranton, XIII, n. 465-466; Bonnier, *op. cit.*, n. 872; Aubry et Rau, 4e édit., VII, p. 388; Larombière, VII, p. 56 (art. 1351, n. 39); Demolombe, XXX, n. 311; Huc, VIII, n. 323; Garsonnet, *op. cit.*, III, 1re édit., p. 250, § 467, et 2e édit,, p. 554, § 1129; Lacoste, n. 273. — Celui qui a été déclaré mal fondé dans la demande d'un usufruit sur un immeuble, est néanmoins recevable à réclamer un droit d'usage sur ce même immeuble. Mais, au contraire, si la demande d'un droit d'usage a été rejetée en premier lieu, l'autorité de la chose jugée peut être opposée à la demande d'un droit d'usufruit sur la même chose; Duranton, XIII, n. 467.

(3) Toullier, X, n. 156; Duranton, XIII, n. 468; Bonnier, *op. cit.*, n. 868; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 395; Larombière, VII, p. 58 (art. 1351, n. 41); Garsonnet, *op. cit.*, III, 1re édit., p. 256, § 467, 2e édit., n. 554, § 1129; Lacoste, n. 284. — Req., 17 fév. 1809, S. chr., III. 1. 20, col. 3 *in fine*, D., *Répert. alph.*, v° *Chose jugée*, n. 127, et v° *Servitude*, n. 252. — Req., 6 fév. 1811, D., *op. cit.*, v° *Chose jugée*, n. 127. — Nîmes, 17 janv. 1812, D., *ibid.* — Civ. cass., 22 août 1853, S., 53. 1. 593, D. P., 53. 1. 247. — Caen, 21 mai 1856, D. P., 57. 2. 80. — Req., 28 déc. 1857, S., 58. 1. 741, D. P., 58. 1. 113; 16 fév. 1859, S., 59. 1. 603. — Civ. rej.,

et *vice versa* (1). De même encore lorsqu'il a été jugé que je n'avais pas sur un fonds un droit de passage, je suis néanmoins recevable à prétendre que j'ai sur le même fonds toute autre servitude (2).

Pareillement, quand j'ai revendiqué la propriété exclusive d'une chose et que ma demande a été rejetée, cette décision, d'après l'opinion générale, ne fait pas obstacle à ce que je puisse réclamer une part de copropriété sur la même chose. La propriété exclusive et la copropriété sont, en effet, deux droits distincts (3).

Enfin, lorsque j'ai succombé dans une action qui avait simplement pour objet le paiement des intérêts d'une créance, je ne suis pas devenu pour cela non recevable à demander plus tard le remboursement du capital (4).

2676. Voici au contraire des hypothèses dans lesquelles la condition de l'identité d'objet se trouvera réalisée. Je vous ai demandé en justice une somme de 10.000 fr., comme formant la portion échue d'une créance de 20.000 que je prétends avoir contre vous, et ma demande a été repoussée par un jugement qui me dénie la qualité de créancier; je ne pourrai pas vous réclamer par une action nouvelle le reliquat de ma prétendue créance (5).

11 avril 1865, D. P., 65. 1. 268. — Req., 18 déc. 1865, S., 66. 1. 55, D. P., 66. 1. 255; 20 janv. 1868 (motifs), S., 68. 1. 225, D. P., 68. 1. 133; 17 juill. 1876, S., 77. 1. 71, D. P., 77. 1. 263; 6 nov. 1888, S., 89. 1. 310, D. P., 89. 1. 230; 6 janv. 1891, S., 95. 1. 28, D. P., 91. 1. 479; 17 oct. 1899, D. P., 99. 1. 538.

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 395, note 100; Garsonnet, *op. cit.*, III, 1re édit., p. 250, § 467, note 5, 2e édit., p. 555, § 1129, note 5; Lacoste, n. 285.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 894; Toullier, X, n. 153; Colmet de Santerre, V, n. 328 *bis*-VIII; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 388, lettre *d*; Demolombe, XXX, n. 311; Garsonnet, *loc. cit.*; Lacoste, n. 276.

(3) *Sic* Marcadé, V, sur l'art. 1351, IV; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 387; Demolombe, XXX, n. 313; Laurent, XX, n. 42; Garsonnet, *op. cit.*, III, 1re édit., p. 251, § 467, 2e édit., p. 555, § 1129; Lacoste, n. 268. — Civ. rej., 14 fév. 1831, S., 31. 1. 415, D., *Répert. alph.*, v° *Chose jugée*, n. 124. — *Contra* Toullier, X, n. 147; Bonnier, *op. cit.*, n. 869 et 872; Larombière, VII, p. 53 (art. 1351, n. 35).

(4) Pothier, *Oblig.*, n. 893; Duranton, XIII, n. 469; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 388, lettre *e*; Demolombe, XXX, n. 305; Garsonnet, III, 1re édit., p. 250, § 467, 2e édit., p. 555, § 1129; Lacoste, n. 287.

(5) Duranton, XIII, n. 464; Marcadé, V, sur l'art. 1351, III; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 390, note 33; Larombière, VII, p. 66 (art. 1351, n. 51); Lacoste, n. 259. — V. cependant Proudhon, *De l'usufruit*, III, n. 1272; Toullier, X, n. 153

De même, si j'ai succombé dans la revendication de la pleine propriété d'un immeuble, je ne puis pas ensuite revendiquer la nue propriété de cet immeuble, car les deux demandes auraient le même objet (1).

Ainsi encore, lorsque j'ai revendiqué un troupeau et que cette action a été déclarée mal fondée, la chose jugée s'oppose à ce que je puisse me dire propriétaire du même troupeau, bien qu'il soit aujourd'hui composé de nouvelles têtes (2).

Dans ces divers cas, le bénéfice immédiat de mon action est la reconnaissance d'un droit de créance ou de propriété qu'un jugement précédent a déclaré ne pas m'appartenir.

2677. Pour résoudre les difficultés que soulève cette première condition, la règle à suivre est celle-ci : la seconde demande devra être rejetée, toutes les fois qu'elle tend *par son objet* à mettre le juge dans l'alternative, ou de se contredire, ou de confirmer purement et simplement la sentence qu'il a déjà rendue (3).

2678. Lorsqu'un jugement, pour accueillir ou rejeter une demande, a reconnu ou dénié une qualité simplement accidentelle, on ne pourra pas, si l'existence ou l'inexistence de cette qualité est de nouveau mise en question dans une autre instance, invoquer l'autorité de la chose jugée.

Par exemple, lorsqu'un tribunal de commerce s'est déclaré compétent pour connaître d'une demande formée par Jean contre Pierre, qu'il a qualifié de commerçant, cette décision n'aura pas, en ce qui concerne cette qualité, l'autorité de la chose jugée, si Jean veut plus tard faire déclarer la faillite de Pierre, et les juges pourront, par conséquent, rejeter cette nouvelle demande en se fondant sur ce que le défendeur n'est pas commerçant (4).

et 155. Ce dernier auteur enseigne même qu'on peut, par une seconde action, demander le tout dont on a, par une première, demandé une partie.

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 390; Larombière, VII, p. 56 (art. 1351, n. 38); Demolombe, XXX, n. 310; Lacoste, n. 271.

(2) Duranton, XIII, n. 461; Larombière, VII, p. 52 (art. 1351, n. 34); Demolombe, XXX, n. 301-302.

(3) Marcadé, V, n. 1351, IV; Demolombe, XXX, n. 299; Huc, VIII, n. 319; Lacoste, n. 256.

(4) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 391. — Civ. rej., 4 mai 1842, S., 42. 1. 546,

N° 2. *Identité de cause.*

2679. Il faut, dit la loi, « que la demande soit fondée sur la même cause ». C'est l'*eadem causa petendi* des jurisconsultes romains.

La cause d'une demande est le fait juridique qui constitue le fondement légal du bénéfice ou du droit, objet de la demande. C'est le principe générateur du droit prétendu, réel ou personnel peu importe, sa cause efficiente (1), l'*origo petitionis*, suivant l'expression d'Ulpien (2). J'ai revendiqué contre vous un immeuble, en fondant ma prétention sur ce qu'il m'a été *vendu ;* un jugement rejette ma demande, par le motif que la *vente* est nulle comme ayant été consentie *a non domino*. Plus tard je revendique le même immeuble contre la même personne, en alléguant que j'en suis propriétaire en vertu d'un *legs* ou d'une *donation;* ma nouvelle demande ne pourra pas être repoussée par l'exception *rei judicatæ* (3).

Pareillement la cause d'une action personnelle est le fait juridique qui a engendré l'obligation dont le créancier poursuit l'exécution. Ainsi, quand je vous demande le paiement d'une somme de 10.000 francs comme vous l'ayant *prêtée*, je pourrai, si je succombe, venir plus tard vous réclamer la même somme en alléguant un nouveau titre, par exemple en soutenant que vous me la devez comme *prix de vente*.

Ainsi encore la personne qui a été déboutée d'une demande en indemnité fondée sur l'indue privation d'une hérédité est recevable à réclamer une indemnité pour compensation d'autres avantages résultant à son profit d'un testament jusqu'alors inconnu (4).

Bien plus, la présomption dérivant de la chose jugée n'existe pas, alors même que la seconde action est fon-

D., *Répert. alph.*, v° *Chose jugée*, n. 135 et v° *Commerçant*, n. 108. — Crim. rej., 22 mai 1846, S., 46. 1. 792. — Civ. rej., 19 fév. 1850, S., 50. 1. 187, D. P., 50. 1. 122.

(1) Colmet de Santerre, V, n. 328 *bis*-IX, al. 2; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 392; Arntz, III, n. 407; Beudant, *op. cit.*, n. 1101. — V. pour la critique de cette disposition Planiol, II, 1re édit., n. 170, 2e et 3e édit., n. 54 *bis*-6°.

(2) L. 11, § 4, D., *De except. rei judic.*, XLIV, 2.

(3) Cpr. Civ. cass., 20 janv. 1886, S., 89. 1. 224, D. P., 86. 5. 72.

(4) Req., 16 déc. 1903, D. P., 1904. 1.296.

dée sur un fait juridique de même nature que celui qui servait de base à la première, s'il résulte des conclusions du demandeur que ce fait ne s'est produit que depuis le jugement. C'est la *causa superveniens* des anciens interprètes; il ne suffit pas en effet que la cause de la nouvelle action soit semblable, il faut qu'elle soit la même.

2680. Il importe de ne pas confondre la cause d'une demande avec les moyens que l'on fait valoir pour la soutenir. Les moyens sont les preuves et les arguments à l'aide desquels on s'efforce d'établir l'existence du fait juridique qui sert de fondement à l'action. On peut faire valoir plusieurs espèces de moyens à l'appui de la même prétention. L'art. 1351 ne parlant que de la cause, il faut en conclure que la loi, au point de vue de l'autorité de la chose jugée, ne tient aucun compte de la différence des moyens. Une demande, fondée sur la même cause, doit donc être rejetée, bien que soutenue par des moyens nouveaux. Ainsi, lorsqu'on a actionné une personne en paiement d'une somme prêtée, et qu'on a vainement essayé de prouver par témoins l'existence du prêt, on n'est pas recevable à demander une seconde fois le remboursement du même prêt en offrant de l'établir à l'aide d'un écrit. Il en est de même des arguments de fait ou de droit; leur omission n'autorise jamais une nouvelle demande. Le nombre des moyens qu'un plaideur peut alléguer pour le gain de son procès est, on le conçoit, indéfini, et jamais il n'y aurait chose jugée, si la nouveauté des moyens y mettait obstacle; d'ailleurs il y aura presque toujours une faute à reprocher à la partie qui, avant le débat, n'aura pas réuni toutes ses preuves ou recherché tous ses arguments. Cpr. art. 480-10° C. pr. (1).

(1) Marcadé, V, sur l'art. 1351, VI; Colmet de Santerre, V, n. 328-*bis*-X; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 392; Larombière, VII, p. 76 (art. 1351, n. 63); Demolombe, XXX, n. 319; Laurent, XX, n. 65; Arntz, III, n. 407; Griolet, *op. cit.*, p. 110; Thiry, III, n. 165, al. 2; Lacoste, n. 389-390; Beudant, *op. cit.*, n. 1102. — Colmar, 7 juill. 1816, D., *Répert. alph.*, v° *Chose jugée*, n. 211-1°, 200-1°. — Civ. rej., 16 juill. 1817, S. chr., V. 1. 350, D., *op.* et v° *cit.*, n. 211-2°, 315. — Civ. cass, 5 avril 1831, S., 31. 1. 275, D., *op.* et v° *cit.*, n. 211-1°, 202-2°. — Req., 19 avril 1836, S., 37. 1. 41; 14 janv. 1839, S., 39. 1. 119, D., *op.* et v° *cit.*, n. 211-2°, et v° *Oblig.*, n. 234. — Civ. rej., 16 mars 1842, S., 42. 1. 328, D., *op. cit.*, v° *Chose*

2681. Quand il s'agit d'actions en nullité, il faudrait, selon plusieurs auteurs, pour juger s'il y a identité de cause, s'attacher à la distinction métaphysique de la cause immédiate et de la cause médiate, *causa proxima actionis, causa remota* (1) et dire que cette condition est réalisée par cela seul que l'identité porte sur la cause immédiate des deux actions. Sans quoi, on donnerait à une partie le moyen de faire durer indéfiniment la contestation, et, par là, on méconnaîtrait les motifs d'ordre public qui ont fait établir l'autorité de la chose jugée. Toullier, Marcadé, Aubry et Rau, Larombière divisent, en conséquence, les vices d'un acte en trois groupes. Un groupe comprend les divers vices du consentement : erreur, violence, dol. Dans un autre sont rangés tous les cas d'incapacité : minorité, interdiction, état de femme mariée, etc... Un troisième groupe se compose de tous les vices de forme. Chaque groupe ne constitue qu'une cause. Les divers vices qu'il comprend sont simplement des moyens qui produisent la même cause. La partie qui a échoué dans la demande en nullité d'un contrat fondée sur un vice déterminé, ne serait donc pas recevable à demander de nouveau la nullité de ce contrat à raison d'un autre vice figurant dans le même groupe (2).

Nous n'hésitons pas à rejeter cette théorie. L'autorité de la chose jugée cesse d'exister, dès que la seconde demande est fondée sur une cause différente, ne pût-on la considérer que comme une cause médiate au point de vue juridique. Je demande la nullité d'un testament pour vice de forme, provenant de la minorité de l'un des témoins instrumentaires. L'objet de ma demande est évidemment la nullité de l'acte. Maintenant quelle en est la cause? C'est, d'une manière directe et immédiate, le vice de forme; mais cette cause a elle-même une cause, la minorité du témoin : c'est la cause seconde. Si mon action est rejetée, pourrai-je demander la

jugée, n. 212-4°. — Req., 18 nov. 1845, S., 46. 1. 74, D. P., 46. 2. 212. — Civ. cass., 22 juin 1880, D. P., 81. 1. 434. — Req., 21 déc. 1897, D. P., 98. 1. 487.

(1) V. L. 27, D., *De except. rei judic.*, XLIV, 2.

(2) Toullier, X, n. 165-166; Marcadé, V, sur l'art. 1351, VI; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 393, texte et note 89 et 90; Larombière, VII, p. 98-100 (art. 1351, n. 81-83).

nullité du même testament pour un autre vice de forme, en me fondant par exemple sur ce qu'un témoin n'était pas français? La cause immédiate est la même, toujours le vice de forme; mais la cause seconde a changé, c'est maintenant la qualité d'étranger chez l'un des témoins. Nous croyons que la présomption résultant de la chose jugée ne peut pas être invoquée contre la nouvelle demande. Autre exemple : J'ai intenté une action en nullité d'une convention à laquelle j'ai figuré, en me fondant sur ce que mon consentement a été surpris par dol. La cause immédiate, c'est un vice du consentement; mais il a lui-même une cause, le dol. Si mon action de dol est repoussée, pourrai-je demander la nullité de la même convention en alléguant que mon consentement a été extorqué par violence? Pourquoi non, puisque les auteurs nommés plus haut admettent que je puis former une demande en nullité du même contrat pour cause d'incapacité? On répond que, l'incapacité étant, d'après la théorie du Code civil, une cause de nullité distincte des vices du consentement, la cause immédiate de l'action n'est plus la même. Mais cette distinction purement théorique n'est pas moins contraire au texte de l'art. 1351, qui parle de la cause en général, qu'au principe fondamental de la matière. L'autorité de la chose jugée ne met obstacle à une nouvelle instance qu'autant qu'elle porte exactement sur ce qui a été décidé par un précédent jugement. Donc, au point de vue de la condition qui nous occupe, il faut qu'elle soit fondée sur la même cause qui a fait l'objet des conclusions des parties et sur laquelle le juge a statué après débat. Or, dans les espèces que nous avons présentées tout à l'heure, le juge n'avait pas statué sur tous les vices de forme dont le testament pouvait être entaché, ou sur tous les vices de consentement dont la convention pouvait être atteinte, mais seulement sur le vice particulier que les parties avaient soumis à son examen. Donc rien ne s'oppose à ce qu'il vérifie, dans un second procès, l'existence d'un autre vice, c'est-à-dire d'une autre cause de nullité. Le nouveau jugement ne peut ni contredire ni confirmer le premier.

Au surplus, nous devons attirer l'attention sur le point suivant : comme le juge a le pouvoir de suppléer d'office les

simples moyens, la nullité, si l'on admet la doctrine de nos adversaires, peut être prononcée à raison d'un vice que la partie n'a pas fait valoir. Par exemple, si elle a demandé l'annulation d'un contrat pour cause de dol, le tribunal peut annuler ce contrat pour cause de violence.

Ainsi le système des groupes a le très grave défaut de dénaturer la demande en lui attribuant un caractère général qu'elle n'a pas. Le groupement des vices ne repose, d'ailleurs, sur aucun principe. Il est purement arbitraire (1).

2682. Bonnier et Griolet se déclarent contre la doctrine que nous venons de réfuter, mais c'est pour renchérir sur elle. Afin d'éviter l'arbitraire qui l'entache et de diminuer davantage le nombre des contestations, ils repoussent la classification des vices en plusieurs groupes. D'après eux, dans les procès en nullité, la demande a pour objet, non pas la nullité, mais le but final qu'on atteindra, si elle est prononcée. Lorsque, par exemple, on attaque un testament, l'objet de la demande est l'hérédité *ab intestat*. La nullité n'est que la cause de l'action, et les divers vices, quels qu'ils soient, incapacité, vices de forme, captation, etc., ne sont que de simples moyens. Donc, si une demande en nullité est rejetée, on ne peut en fonder une nouvelle sur un autre vice, lors même que ce vice est absolument différent de celui qui a été allégué à l'appui de la première demande (2).

Cette doctrine a pour point de départ une erreur. Dans les procès dont nous parlons, la nullité n'est point la cause de la demande, mais l'objet de celle-ci. La cause de la demande, c'est le vice qui sert de fondement à l'action. Le tribunal est appelé à statuer, non pas sur la nullité en général, mais sur la nullité qui découlerait de tel vice déterminé. Le système de Bonnier et de Griolet dénature la demande, et même il la dénature plus que ne le fait le système des groupes. Du

(1) Demolombe, XXX, n. 334; Laurent, XX, n. 72 s.; Thiry, III, n. 165, al. 3, p. 195; Huc, VIII, n. 329-330; Garsonnet, *op. cit.*, III, 1re édit., p. 253 et 255, § 418, texte et note 1, 2e édit., p. 556, 557, 559 et 560, § 1130, note 1, § 1131; Lacoste, n. 392-400; Cézar-Bru, note sous Pau, 5 janv. 1898, D. P., 99. 2. 225; Beudant, *op. cit.*, n. 1103.

(2) Bonnier, *op. cit.*, n. 876; Griolet, *op. cit.*, p. 109 s.

moment qu'il considère tous les vices comme de simples moyens de nullité, les juges peuvent, par exemple, déclarer nul pour captation le testament qu'on attaque pour défaut de signature du testateur ([1]).

2683. Tous les auteurs s'accordent à décider que, relativement à l'autorité de la chose jugée, les actions en nullité doivent être distinguées des actions en résolution ou en révocation.

Les premières sont fondées sur une cause qui vicie le droit à son origine, tandis que, dans les actions en résolution ou en révocation, la cause est un fait postérieur à la naissance du droit ([2]). On peut donc, après avoir succombé sur une demande en nullité d'un contrat pour vice du consentement, demander la résolution de celui-ci pour inexécution des obligations ([3]). On peut aussi, après avoir échoué quant à la demande en nullité d'une donation pour vice de forme, demander la révocation de cette même libéralité pour inexécution des conditions ou pour ingratitude. De même, après avoir demandé sans succès la révocation d'une donation pour survenance d'enfant, on peut demander qu'elle soit réduite, comme excédant la quotité disponible ([4]). Peu importe que la cause de la seconde demande existât avant la première.

2684. Lorsqu'un jugement a reconnu l'existence et la validité d'une dette, le débiteur peut-il prétendre qu'il a été libéré par une cause antérieure à la demande, mais dont il ignorait ou avait oublié l'existence, ou dont il ne pouvait pas faire la preuve lors du premier procès? Un débiteur, par exemple, est-il admis à exciper de la quittance qu'il avait perdue et qu'il a retrouvée depuis le jugement de condamnation? Griolet se prononce pour la négative, sans distinction. Pour lui, le jugement qui affirme un droit, décide par là

([1]) Lacoste, n. 401-405; Beudant, *loc. cit.*

([2]) Bonnier, *op. cit.*, n. 876; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 395; Larombière, VII, p. 95 (art. 1351, n. 79); Demolombe, XXX, n. 336; Huc, VIII, n. 330; Griolet, *op. cit.*, p. 113; Garsonnet, *op. cit.*, III, 1re édit., p. 256, § 468, note 11, 2e édit., p. 560, § 1131, note 8; Lacoste, n. 409.

([3]) Cpr. Req., 5 nov. 1872, S., 73. 1. 193, D. P., 73. 5. 91.

([4]) Civ. cass., 5 juin 1821, S. chr., VI. 1. 446, D., *Rép. alph.*, v° *Chose jugée*, n. 202-1°.

même que ce droit existe encore, et par conséquent, qu'il n'est pas éteint. On ne saurait donc invoquer dans la suite une cause de libération antérieure à ce jugement, puisqu'elle tendrait à faire décider qu'au moment où il a été rendu, le droit dont il s'agit n'existait plus (1).

Mais, en général, on distingue : si, dans le premier procès, le débiteur s'est prévalu d'un acte libératoire, il n'est pas recevable à s'en prévaloir de nouveau dans la seconde instance. Si, au contraire, dans le premier procès, il ne s'est pas prétendu libéré, il peut, dans la nouvelle instance, exciper d'une cause de libération, lors même qu'elle existait antérieurement à la décision judiciaire qui l'a condamné. Sans doute, les deux procès sont relatifs à l'existence de la dette, mais, dans le premier, c'était la formation ou la validité de l'obligation qui était contestée, tandis que, dans le second, la contestation porte sur l'existence actuelle de la dette. Cette doctrine paraît l'avoir emporté dans notre ancien droit. Duparc-Poulain, notamment, estimait que le jugement qui reconnaissait l'existence de la dette ne faisait pas obstacle à ce que le débiteur pût invoquer une cause de libération antérieure à cette décision : « Ce n'est pas attaquer le jugement, disait-il, mais prouver qu'on l'a exécuté d'avance ; car les condamnations au paiement s'entendent toujours par argent ou quittances » (2). Il n'y a aucune raison pour ne pas admettre, sous l'empire du Code, la même interprétation (3).

2685. L'identité de cause, disons-nous, est indispensable pour qu'un jugement ait l'autorité de la chose jugée. Ce principe s'applique aussi bien aux actions réelles qu'aux actions personnelles. Ainsi, lorsqu'un tribunal a rejeté une action

(1) Griolet, *op. cit.*, p. 107 s., et 172.

(2) *Princ. du dr. franç.*, X, p. 206.

(3) Bonnier, *op. cit.*, n. 875; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 402; Larombière, VII, p. 167-170 (art. 1351, n. 162); Demolombe, XXX, n. 338; Laurent, XX, n. 154; Huc, VIII, n. 331; Garsonnet, *op. cit.*, III, 1re édit., p. 257, § 468, 2e édit., p. 560 et 561, § 1132; Lacoste, n. 413. — Civ. rej., 22 juillet 1818, S. chr., V. 1. 509. — Req., 22 nov. 1858, S., 59. 1. 554, D. P., 59. 1. 127; 6 juin 1859, S., 59. 1. 911, D. P., 59. 1. 458. — Civ. rej., 2 juillet 1861, S., 61. 1. 846, D. P., 61. 1. 479. — Req., 5 août 1873, S., 74. 1. 364, D. P., 74. 1. 470. — Civ. rej. (sur ce moyen), 22 juillet 1897, S., 98. 1. 79, D. P., 97. 1. 614.

réelle fondée sur un titre d'acquisition déterminé, l'autorité de la chose jugée ne saurait être invoquée à l'encontre de la demande qui serait formée ultérieurement, quant à la même chose, en vertu d'un autre titre d'acquisition. Et qu'on n'objecte pas que le même droit réel ne peut appartenir qu'une fois à la même personne sur la même chose. Il n'en résulte point que l'individu, qui a réclamé un droit réel en vertu d'un certain titre, ne puisse pas le réclamer de nouveau en se prévalant d'un titre différent, ni que le jugement intervenu sur la première de ces demandes ait, quant à la seconde, l'autorité de la chose jugée (1).

N° 3. *Identité de personnes.*

2686. « Il faut que la demande soit entre les mêmes par-
» ties et formée par elles et contre elles en la même qua-
» lité », dit l'art. 1351 *in fine*.

Quand les deux premières conditions, l'identité d'objet et l'identité de cause, se trouvent réunies, on peut dire alors que la question soulevée par le nouveau procès est la même que celle qui a été décidée par le juge dans le premier ; il y a *eadem quæstio* (2). Mais cela ne suffit pas pour qu'il y ait autorité de la chose jugée ; il faut en outre que la même question soit soulevée *entre les mêmes parties*. Par exemple, je prétends avoir une créance hypothécaire de 20.000 fr. contre une personne décédée qui a laissé deux héritiers, *Primus* et *Secundus ;* j'ai poursuivi hypothécairement *Primus* en paiement de cette somme de 20.000 fr., et mon action a été rejetée ; il a été jugé entre *Primus* et moi que ma prétendue créance hypothécaire n'existe pas. Je conserve la faculté d'actionner *Secundus,* toujours en paiement de la même créance, sans qu'il puisse m'opposer la présomption légale dérivant de la chose jugée. La demande a bien le même objet et la

(1) Bonnier, *op. cit.*, n. 874 ; Colmet de Santerre, V, n. 328 *bis* — XI ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 397, texte et note 107 ; Larombière, VII, p. 77-79 (art. 1351, n. 66) ; Demolombe, XXX, n. 324 ; Laurent, XX, n. 64 ; Lacoste, n. 427-430. — Req., 3 mai 1841, S., 41. 1. 720, D., *Rép. alph.*, v° *Chose jugée*, n. 197-3°. — Montpellier, 15 fév. 1841, S., 41. 2. 213, D., *op.* et v° *cit.*, n. 197-1°. — Lyon, 21 août 1877, joint à Civ. cass., 30 juin 1880, S., 82. 1. 465, D. P., 81. 1. 20.

(2) L. 3, D., *De except. rei judic.*, XLIV, 2.

même cause; mais elle n'est pas formée entre les mêmes parties [1].

L'autorité de la chose jugée est donc toute *relative*, et, à ce point de vue, elle se rapproche des conventions. Les effets des jugements sont bornés aux parties en cause, de même que les effets des conventions se limitent aux parties contractantes. Art. 1165. *Res inter alios acta* VEL JUDICATA *aliis nec nocere nec prodesse potest* [2].

2687. On ne doit considérer que l'identité *juridique* des personnes, et nullement leur identité physique. Il faut, en d'autres termes, que le second procès s'agite entre les mêmes personnes juridiques que le premier. Or les personnes juridiques peuvent être les mêmes, quoique les personnes physiques soient différentes. Ainsi l'héritier est la même personne juridique que son auteur; le mandataire, qui agit comme tel, emprunte la personne juridique du mandant. Les jurisconsultes romains avaient traduit cette idée dans cette expression : *eadem conditio personarum* [3].

2688. Pour que les personnes soient juridiquement les mêmes, il est nécessaire :

1° Que les parties, entre lesquelles la nouvelle instance est engagée, aient *personnellement figuré* dans la première, ou que tout au moins elles y aient été *représentées*.

Quelles sont les personnes qui, bien que ne figurant pas personnellement dans la première instance, y ont été représentées?

Ce sont d'abord les ayants cause de ceux qui y ont figuré, absolument comme en matière de conventions. Or nous avons exposé la théorie des ayants cause à propos de la date certaine dans les actes sous seing privé, et nous ne croyons pas utile d'y revenir [4]. Il suffira d'en résumer les conséquences pratiques au point de vue de l'autorité de la chose jugée.

2689. α. Le jugement, rendu pour ou contre une personne,

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 906.

(2) L. 16, D., *Qui potiores in pignore*, XX, 4; L. 63, D., *De re judic.*, XLII, 1.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 328 *bis*-XIII; Demolombe, XXX, n. 343; Laurent, XX, n. 126; Huc, VIII, n. 312, p. 398; Lacoste, n. 666.

(4) V. *supra*, n. 2352 et 2355.

est censé avoir été rendu, quelle que soit sa date, pour ou contre ses ayants cause à titre universel : héritiers, successeurs irréguliers, légataires ou donataires universels ou à titre universel ([1]). Cette solution doit être admise même à l'égard des héritiers bénéficiaires. Toutefois le jugement défavorable n'est opposable à ces héritiers que jusqu'à concurrence de leur émolument ([2]).

2690. β. Quant aux ayants cause à titre particulier, le jugement rendu contre leur auteur ne peut leur être opposé qu'autant qu'il est antérieur à l'acquisition du droit déterminé qui leur est transmis ([3]) ou, tout au moins, à l'accomplissement des formalités qui étaient nécessaires pour que leur titre d'acquisition devînt efficace à l'égard des tiers ([4]).

En ce qui regarde le jugement rendu avec un ayant cause à titre particulier, il ne saurait être invoqué contre son auteur ou contre les héritiers de celui-ci ([5]). C'est ainsi que le jugement faisant droit à l'action en revendication exercée par un

([1]) Bonnier, *op. cit.*, n. 378; Colmet de Santerre, V, n. 328 *bis*-XV; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 377; Larombière, VII, p. 117 (art. 1351, n. 103); Demolombe, XXX, n. 347; Laurent, XX, n. 94; Griolet, *op. cit.*, p. 167; Huc, VIII, n. 313; Garsonnet, III, 1re édit., p. 244, § 466, note 11, 2e édit., p. 548, § 1128, note 3; Lacoste, n. 482. — Civ. rej., 7 mai 1884, S., 86. 1. 360, D. P., 85. 1. 53.

([2]) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 373; Laurent, XX, n. 95; Lacoste, n. 483; Larombière, Demolombe, Huc, *loc. cit.*

([3]) Bonnier, *op. cit.*, n. 879; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 373; Larombière, VII, p. 118-121 (art. 1351, n. 105 et 107); Demolombe, XXX, n. 351; Laurent, XX, n. 97 et 99; Griolet, *op. cit.*, p. 167; Huc, VIII, n. 314; Garsonnet, III, 1re édit., p. 247, § 466, note 8, 2e édit., p. 551, § 1128, note 8; Lacoste, n. 485. — Douai, 5 juin 1820, S. chr., VI. 2. 269, col. 3 *in fine*. — Req., 11 mars 1834, S., 34. 1. 345. — Civ. cass., 1er juin 1858, S., 59. 1. 417, D. P., 58. 1. 236.

([4]) Le jugement qui a dénié au vendeur ou au donateur la qualité de propriétaire peut, bien que postérieur à la vente ou à la donation, être opposé à l'acheteur ou au donataire, si, au moment où il a été rendu, la vente ou la donation n'avait pas encore été transcrite. Aubry et Rau, Demolombe, Huc, Garsonnet, *loc. cit.*; Laurent, XX, n. 98; Lacoste, n. 485. — De même le jugement qui a déclaré la créance cédée non existante ou éteinte peut être opposé au cessionnaire, s'il a été rendu avant la signification de la cession. — Aubry et Rau, Huc, Garsonnet, Lacoste, *loc. cit.*; Laurent, XX, n. 99. — Civ. rej., 5 juin 1855, S., 55. 1. 793, D. P., 55. 1. 281. — Civ. cass., 1er juin 1858, précité.

([5]) Pothier, *Oblig.*, n. 906; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 377; Larombière, VII, p. 137 (art. 1351, n. 124); Demolombe, XXX, n. 359; Laurent, XX, n. 107; Huc, VIII, n. 314 *in fine*, p. 401; Garsonnet, *op. cit.*, III, 1re édit., p. 246-247, § 466, notes 7 et 8, 2e édit., p. 550-551, § 1128, notes 7 et 8; Lacoste, n. 559. — Civ. cass., 6 avril 1889, S., 90. 1. 260, D. P., 90. 1. 276.

tiers contre l'acquéreur d'un immeuble, n'est pas opposable, en principe, au vendeur qui revendique le même immeuble contre le tiers [1]. C'est ainsi encore que le jugement qui statue entre le cessionnaire et le débiteur cédé sur le point de savoir si la créance cédée existe réellement est sans valeur à l'égard du cédant [2].

2691. γ. Quant aux créanciers chirographaires, comme ils ont seulement un droit de gage sur l'ensemble du patrimoine de leur débiteur, ils doivent être considérés comme représentés par celui-ci dans toutes les instances engagées entre lui et des tiers. Ils peuvent donc invoquer ou se voir opposer les jugements rendus pour ou contre leur débiteur, et il n'y a pas à distinguer si ces jugements ont été rendus avant ou depuis la naissance de leur droit [3].

Toutefois les créanciers chirographaires peuvent attaquer les jugements qui ont été rendus contre le débiteur par suite d'une collusion frauduleuse entre celui-ci et l'autre partie. Ils attaquent, en effet, ces jugements en vertu d'un droit personnel, qu'ils tiennent de la loi même, et non du débiteur [4].

2692. Il y a encore les personnes qui ont été représentées dans l'instance par un mandataire. *Qui mandat ipse fecisse videtur.* Le principe s'applique, non seulement au mandat conventionnel, mais encore au mandat légal et au mandat judiciaire. Ainsi un jugement aura l'autorité de la chose jugée à l'égard d'un mineur ou d'un interdit, lorsqu'il aura été rendu pour ou contre son tuteur agissant comme tel [5].

(1) Civ. cass., 16 avril 1889, précité.

(2) Civ. cass., 16 août 1841, S., 41. 1. 609.

(3) Marcadé, V, sur l'art. 1351, XII; Bonnier, *op. cit.*, n. 884; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 374; Larombière, VII, p. 127 (art. 1351, n. 115); Laurent, XX, n. 102; Griolet, *op. cit.*, p. 167; Huc, VIII, n. 314 *in fine;* Garsonnet, III, 1re édit., p. 246; § 466, note 7, 2e édit., p. 550, § 1128, note 7; Lacoste, n. 516. — Civ. cass., 12 fructidor an XI, S. chr., I. 1. 520. — Nîmes, 8 fév. 1832, S., 32. 2. 336.

(4) Bonnier, Aubry et Rau, Larombière, Demolombe, Huc, Garsonnet, *loc. cit.*; Lacoste, n. 517. — Civ. rej., 14 nov. 1853, S., 54. 1. 102, D. P., 53. 1. 325; 1er août 1865, S., 65. 1. 407, D. P., 65. 1. 357.

(5) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 377; Larombière, VII, p. 107 (art. 1351, n. 94); Demolombe, XXX, n. 364; Laurent, XX, n. 110; Huc, VIII, n. 315; Lacoste, n. 569; Garsonnet, III, 1re édit., p. 245, § 466, note 4, 2e édit., p. 549, § 1128, note 4. — Req., 19 juin 1844, S., 44. 1. 547, D. P., 44. 1. 505.

Il en est de même du jugement rendu pour ou contre le mari, qui agissait dans l'instance comme administrateur des biens de sa femme dans la limite de ses pouvoirs (1). Nous en dirons autant du jugement rendu pour ou contre le curateur d'une succession vacante (2) ou les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent (3). Les créanciers d'une faillite sont également représentés par le syndic (4); les sociétés de commerce, par leurs administrateurs ou gérants (5); l'Etat, les départements, les communes, les établissements publics, par leurs représentants légaux (6).

2693. 2° Que les parties procèdent *en la même qualité.*

Ainsi, lorsqu'une personne a agi dans une précédente instance comme administrateur de la fortune d'autrui ou comme mandataire, le jugement rendu contre elle en cette qualité ne s'oppose pas à ce qu'elle forme de nouveau la même demande en son propre nom (7).

Ainsi encore le jugement rendu contre une personne agissant de son chef et directement n'a pas l'autorité de la chose jugée contre la même personne agissant une seconde fois à mêmes fins, mais comme cessionnaire des droits d'un tiers (8).

(1) Demolombe, XXX, n. 365; Aubry et Rau, Larombière, Laurent, Garsonnet, Huc, *loc. cit.;* Lacoste, n. 569. — Civ. cass., 14 août 1865, S., 66. 1. 440, D. P., 65. 1. 264.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 378; Larombière, VII, p. 109 (art. 1351, n. 97); Demolombe, XXX, n. 366.

(3) Aubry et Rau, Larombière, Demolombe, *loc. cit.;* Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes,* II, n. 1130; Lacoste, n. 570.

(4) Aubry et Rau, Laurent, Garsonnet, Huc, Lacoste, *loc. cit.* — Cpr. Civ. cass., 20 avril 1864, S., 65. 1. 133, D. P., 65. 1. 306.

(5) Larombière, *loc. cit.*

(6) Larombière, Garsonnet, *loc. cit.*

(7) Toullier, X, n. 213; Duranton, XIII, n. 499; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 385; Laurent, XX, n. 126; Lacoste, n. 667; Garsonnet, *op. cit.,* III, 1re édit., p. 245, 2e édit., p. 549. — Civ. cass., 14 déc. 1824, S. chr., VII. 1. 593, D. *Rép. alph.,* v° *Chose jugée,* n. 284-3°. — Req., 21 déc. 1841, S., 42. 1. 65, D., *op.* et v° *cit.,* n. 240 *in fine;* 21 juin 1881, S., 83. 1. 104, D. P., 82. 1. 213. — Civ. cass., 21 janv. 1889, S., 91. 1. 76, D. P., 89. 1. 421. — V. notamment pour l'individu qui, après avoir figuré dans un premier procès en qualité de tuteur figure, dans un second procès, en son nom personnel, Civ. rej., 28 août 1849, S., 50. 1. 49, D. P., 50. 1. 57.

(8) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 386; Lacoste, n. 668. — Lyon, 30 déc. 1870, S., 72. 2. 17, D. P., 71. 2. 137.

La cour suprême a décidé, par un arrêt du 26 avril 1852, que la chose jugée avec un héritier bénéficiaire en cette qualité ne saurait être opposée à ce même héritier agissant en qualité de créancier hypothécaire du défunt (1). Cette décision est approuvée par les auteurs (2).

2694. Lorsqu'une personne, après avoir figuré dans un premier procès en une qualité, figure, dans un second procès, en une autre qualité qui n'existait pas au moment où la première instance a été introduite, on s'accorde à reconnaître que l'autorité de la chose jugée ne peut ni lui être opposée, ni être opposée par elle. Mais faut-il admettre la même solution dans le cas où les deux qualités, qui ont été invoquées successivement, coexistaient lors du premier procès? L'affirmative nous paraît fondée. En effet, il n'existe aucun texte de loi qu'on puisse invoquer pour soutenir que les deux qualités auraient dû être invoquées simultanément (3). Ainsi le jugement rendu avec un individu qui, à la fois héritier de son père et héritier de sa mère, n'agissait ou n'était poursuivi qu'en la première de ces qualités, n'a pas à son égard l'autorité de la chose jugée, lorsque, dans une instance ultérieure, cet individu agit ou est poursuivi comme héritier de sa mère (4).

§ II. *Des présomptions qui ne sont point établies par la loi.*

2695. Ces présomptions, qu'on appelle aussi *présomptions de fait* ou *de l'homme*, par opposition aux présomptions de droit ou légales, sont des conséquences que le *magistrat* tire de faits connus pour en induire la vérité d'un fait contesté. Art. 1349.

(1) Civ. cass., 26 avril 1852, S., 52. 1. 513, D. P., 52. 1. 131.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 385 ; Laurent, XX, n. 130. — V. pour la manière d'expliquer la décision précitée, Lacoste, n. 680-683.

(3) Lacoste, n. 673. — *Adde* Laurent, XX, n. 129, al. 1. — V. cependant en sens contraire, Lyon, 26 avril 1904, *Mon. jud. Lyon*, 13 juin 1904.

(4) Lacoste, n. 674-678. — V. cependant Toullier, X, n. 169 et 214 ; Marcadé, V. sur l'art. 1351, X. — Cpr. Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 386, note 65 ; Laurent, XX, n. 129, al. 2.

L'art. 1353 indique les cas dans lesquels il est permis de recourir à ce mode de preuve : « *Les présomptions qui ne sont* » *point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et* » *à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des* » *présomptions graves, précises et concordantes; et dans les* » *cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales,* » *à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou* » *de dol* ».

2696. Ainsi deux conditions sont nécessaires :

1° *Le juge ne doit admettre les présomptions de fait que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale.* C'est là une règle de droit, dont la violation donnerait ouverture à cassation (1).

Cette corrélation étroite, que le législateur établit entre la preuve par témoins et celle par simples présomptions de l'homme (2), était le complément indispensable des règles qui restreignent l'usage de la preuve testimoniale. Si le juge avait été autorisé d'une manière indéfinie à puiser sa conviction dans de simples présomptions, les particuliers, comptant sur ce moyen de preuve qui présente beaucoup d'analogie avec le témoignage oral, se seraient souvent crus dispensés de passer actes de leurs opérations juridiques au-dessus de 150 fr., et le nombre de contestations sans preuves décisives se serait ainsi multiplié contre le vœu de la loi (3).

Mais, en sens inverse, dans tous les cas où la preuve testimoniale est admissible, les présomptions le sont également.

Elles sont donc admissibles :

α. Alors même qu'il s'agit de choses excédant la somme ou

(1) Marcadé, V, sur l'art. 1353-1 *in fine;* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 358; Demolombe, XXX, n. 240. — Civ. cass., 1er mai 1815, S. chr., V. 1. 45, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5010, 255. — V. aussi Civ. cass., 29 juil. 1817, S. chr., V. 1. 354; 29 mai 1840, S., 43. 1. 586, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5028-1°. — Dijon, 20 fév. 1867, D. P., 67. 2. 130. — Civ. cass., 27 déc. 1886, S., 87. 1. 204, D., 87. 1. 274.

(2) V. pour les applications de ce principe qu'il y a parallélisme entre l'admissibilité de la preuve testimoniale et celle des présomptions, Laurent, XIX, n. 626-632; Huc, VIII, n. 344 et 345.

(3) Mourlon, II, n. 1636; Demolombe, XXX, n. 240. — Cpr. Larombière, VII, p. 212 (art. 1353, n. 1); Laurent, XIX, n. 624; Huc, VIII, n. 344, p. 443.

valeur de 150 fr., s'il existe un commencement de preuve par écrit [1];

β. En matière commerciale, quelle que soit la valeur du litige [2], et même pour prouver outre et contre le contenu aux actes [3];

γ. Lorsqu'il a été impossible au créancier de se procurer une preuve littérale [4], ou lorsque le titre a été perdu par cas fortuit [5].

2697. Après avoir dit que le juge ne peut admettre les présomptions simples que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale, l'art. 1353 ajoute *in fine :* « à moins » que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol ». Tous les interprètes s'accordent à dire que ces mots doivent être supprimés comme inutiles et inexacts. Combinés avec l'ensemble de l'article, ils signifieraient que, bien que la preuve testimoniale ne soit pas reçue pour prouver le dol ou la fraude, les simples présomptions de l'homme peuvent servir à l'établir. Or une pareille proposition est inadmissible : la preuve testimoniale étant recevable, aux termes bien formels de l'art. 1348, quand on a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, il est évident que le dol et la fraude peuvent se prouver par témoins. La fin de notre disposition ne peut être attribuée qu'à une distraction du législateur [6].

(1) V. notamment Req., 20 mars 1865, D. P., 66. 1. 268; 2 fév. 1870, S., 71. 1. 89, D., 70. 1. 289; 4 mai 1874, S., 75. 1. 69, D. P., 74. 1. 489; 28 mai 1895, D. P., 96. 1. 527; 18 déc. 1895, D. P., 96. 1. 134: 4 juin 1896, S., 1900. 1. 164, D. P., 96. 1. 456. — V. aussi Besançon, 13 fév. 1865, D. P., 65. 2. 29. — V. pour les décisions antérieures, Dalloz, *Nouv. C. civ.*, art. 1353, n. 81 s.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, III, n. 78 et 83; Garsonnet, *Tr. de proc. civ.*, 2e édit., III, § 826. — Req., 13 juill. 1868, S., 68. 1. 363; 14 juill. 1875, S., 76. 1. 15, D. P., 77. 1. 330; 13 mars 1876, S., 77. 1. 13; 20 juin 1877, D. P., 78. 1. 120; 10 nov. 1884, D. P., 85. 5. 372; 27 avril 1885, S., 87. 1. 12; 29 avril 1889, D. P., 91. 5. 336. — Civ. rej., 11 juill. 1892, S., 92. 1. 508. — Req., 5 mars 1894, S., 94. 1. 413, D. P., 94. 1. 168. — Req., 29 déc. 1902, S., 1905. 1. 454. — V. aussi Req., 27 juin 1888, S., 88. 1. 432.

(3) Req., 23 déc. 1903, S., 1905. 1. 75, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 733.

(4) V. *supra*, n. 2619-2639. — Jugé notamment que l'administration de l'enregistrement peut, en vue de prouver la mutation secrète d'immeubles, recourir à de simples présomptions dans les termes de l'art. 1353. Req., 23 déc. 1903, précité. — V. aussi Trib. civ. Lannion, 5 déc. 1905, *Gaz. Pal.*, 1906. 1. 93.

(5) V. *supra*, n. 2640-2651.

(6) Marcadé, V, sur l'art. 1353, II; Bonnier, *op. cit.*, n. 815, al. 2; Mourlon, *loc.*

2698. 2° *Le juge ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes.*

Graves, c'est-à-dire résultant d'une forte probabilité et assez pressantes pour déterminer la persuasion.

Précises : il faut que le fait contesté se lie directement au fait connu.

Concordantes, c'est-à-dire non contradictoires, quand il y en a plusieurs. Il ne faut pas conclure de là qu'une seule présomption ne puisse jamais suffire. Les présomptions, comme les témoignages, se pèsent plus qu'elles ne se comptent; le droit moderne a rejeté le vieil adage *Testis unus, testis nullus* (1).

2699. L'appréciation de la valeur des présomptions dépend exclusivement de la conscience du juge, et le précepte de la loi n'a que la valeur d'un simple conseil (2). Le point de savoir si les présomptions qu'il a admises sont graves, précises et concordantes est une question de fait qui ne peut donner ouverture à cassation (3).

Le juge peut, d'ailleurs, puiser où il veut les éléments de ces présomptions (4), notamment soit dans des instances antérieures où ne figuraient pas les parties, soit dans des actes

cit.: Larombière, VII, p. 213-215 (art. 1353, n. 3-5); Demolombe, XXX, n. 185 et 242; Laurent, XIX, n. 633 et 634; Huc, *loc. cit.;* Thiry, III, n. 174 *in fine.*

(1) Marcadé, V, sur l'art. 1353, I, al. 3; Bonnier, *op. cit.,* n. 817; Mourlon, *loc. cit.:* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 359, texte et note 6; Larombière, VII, p. 218-219 (art. 1353, n. 8); Demolombe, XXX, n. 245; Huc, *loc. cit.* — V. cep. Toullier, X, n. 20 à 22.

(2) V. pour des applications, Civ. rej., 22 fév. 1876, S., 76. 1. 168, D., *Suppl. au Rép. alph.,* v° *Oblig.,* n. 2050; 29 nov. 1893, S., 94. 1. 279, D. P., 94. 1. 351. — Req., 28 juill. 1896, D. P., 97. 1. 148.

(3) Toullier, X, n. 20 et 26; Duranton, XIII, n. 531 et 532; Bonnier, *op. cit.,* n. 817; Marcadé, V, sur l'art. 1353; Mourlon, *loc. cit.;* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 358; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 529; Larombière, VII, p. 217 (art. 1353, n. 7, al. 6); Demolombe, XXX, n. 243; Laurent, XIX, n. 638; Arntz, III, n. 420: Vigié, II, n. 1641. — Req., 11 nov. 1806, S. chr., II. 1. 307, col. 3 *in fine,* D., *Rép. alph.,* v° *Oblig.,* n. 5020-1°; 4 janv. 1808, D., *op.* et v° *cit.,* n. 5020-2°, 4969; 3 mars 1825, D., *op.* et v° *cit.,* n. 5020-3°, *Prêt à intérêts,* n. 203-3°; 27 avril 1830, S. chr., IX. 1. 503, D., *op. cit.,* v° *Oblig.,* n. 5020-4°, *Dispos. entre-vifs.* n. 325-1°; 1er fév. 1832, S., 32. 1. 139, D., *op. cit.,* v° *Oblig.,* n. 5020-5°, 5043-7°; 20 nov. 1832, S., 33. 1. 344; 21 août 1837, D., *op. cit.,* v° *Oblig.,* n. 5020-6°; 2 fév. 1876, D. P., 77. 1. 422-423; 23 avril 1877, D. P., 78. 1. 22. — Req., 19 oct. 1897, S., 98. 1. 168; 9 nov. 1898, S., 1900. 1. 335.

(4) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 359; Demolombe, XXX, n. 244.

étrangers à celles-ci. On ne saurait opposer la maxime *Res inter alios acta aliis nec prodesse nec nocere potest.* Cette objection suppose une confusion entre la preuve des actes et l'effet des conventions (1).

Le juge peut même puiser les présomptions dans les documents d'une procédure criminelle (2), alors même que cette procédure se serait terminée par une ordonnance de non lieu (3).

Il lui est permis également de les tirer des témoignages d'une enquête nulle en la forme, mais à la condition de spécifier qu'il a fait état de ces témoignages à titre de simples présomptions (4).

SECTION IV

DE L'AVEU DE LA PARTIE

2700. Si on prend le mot *preuve* dans son acception large et philosophique, qui embrasse les divers moyens employés pour persuader l'esprit d'une vérité, il n'est pas douteux que l'aveu soit une preuve. C'est même la preuve par excellence : *Confessio*, disait Menochius, *omnium probationum maxima est* (5). Et Pyrrhing, insistant sur la même idée,

(1) Laurent, XIX, n. 639. — Req., 19 juill. 1876, S., 77. 1. 147, D. P., 77. 1. 21. — Civ. rej., 3 déc. 1878, S., 79. 1. 31, D. P., 79. 1. 23. — V. aussi Civ. cass., Belgique, 27 juill. 1836, *Pasicr. belge,* 36. 1. 291; 28 avril 1842, même rec., 42. 1. 362. — Bruxelles, 12 août 1867, même rec., 68. 2. 168.

(2) Sourdat, *De la responsabilité,* I, n. 348; Bonnier, *op. cit.*, n. 918; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 359; Demolombe, XXX, n. 244. — Civ. cass., 2 juin 1840, S., 40. 1. 638. — Agen, 14 janv. 1851, S., 51. 2. 781. — Bordeaux, 22 juill. 1851, S., 51. 2. 718. — Besançon, 4 juill. 1857, S., 58. 2. 553. — Req., 31 janv. 1859, S., 60. 1. 747; 2 mai 1864, S., 64. 1. 321. — Aix, 7 juin 1882, S., 83. 2. 218. — Civ. rej., 22 fév. 1876, 29 nov. 1893 et Req., 28 juill. 1896, précités. — Toulouse, 25 nov. 1902, S., 1904. 2. 142. — Trib. civ. Lannion, 5 déc. 1905, précité.

(3) Rouen, 20 fév. 1867, S., 67. 2. 215, D. P., 68. 2. 80. — Aix, 4 mai 1874, D. P., 75. 2. 52. — Riom, 30 janv. 1883, D. P., 84. 2. 199. — Toulouse, 25 nov. 1902, précité. — Mais, bien entendu, le juge n'est point tenu de puiser des présomptions dans les instructions criminelles ou correctionnelles. Il a, en cette matière, un pouvoir discrétionnaire. Req., 18 mai 1840, S., 40. 1. 640, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4625 et 4773; 22 juin 1843, S., 44. 1. 303, D., *op. cit.*, v° *cit.*, n. 4625, et v° *Dispos. entre vifs et test.*, n. 2469.

(4) Civ. cass., 26 juin 1889, S., 91. 1. 301, D. P., 90. 1. 135.

(5) *Tract. de præs.*, lib. I, *Quæst.* 1, n. 37 et *Quæst.* 61, n. 8.

s'exprimait ainsi : *Nulla est major probatio quam proprii oris confessio, ideoque dicitur plenissima probatio, et superat omne genus probationis, etiam per testes et instrumenta facta* (1). Il ne faut donc voir qu'un jeu de mots dans cette opinion, émise par quelques auteurs anciens (2), que l'aveu n'est pas une preuve, puisqu'il dispense de toute preuve la personne au profit de laquelle il est fait. Elle aurait pour conséquence directe la négation de toutes les preuves. Est-ce qu'un acte instrumentaire ne dispense pas aussi ceux au profit desquels il existe de l'obligation de prouver ?

Au point de vue juridique, l'aveu a la même nature. L'art. 1316 le cite parmi les divers moyens dont la loi autorise l'emploi pour arriver à constater la vérité d'un fait. Il constitue même à ce point de vue une preuve spéciale, distincte de toute autre, et notamment de la présomption, malgré l'incertitude qui peut résulter du texte de l'art. 1350-1°. Cette autonomie de l'aveu est mise en pleine lumière par la méthode que le Code a suivie dans la matière des preuves : il divise en sections le chapitre qu'il leur consacre, et il accorde à l'aveu une section spéciale, comme à la preuve littérale, à la preuve par témoins et aux présomptions (3).

§ I. *Notion de l'aveu.*

2701. Dans une acception générale, l'aveu est toute reconnaissance, faite par une personne, de la vérité d'une allégation quelconque dirigée contre elle. Mais la loi prend ce mot dans un sens plus spécial ; à ce point de vue, on a défini l'aveu très exactement : *une déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai, et comme devant être tenu pour avéré à son égard, un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques* (4). Analysons cette définition.

(1) Sur le titre des Décrétales, *De confessis*, n. 19.

(2) « *Potius ab onere probandi relevationem quam probationem* », disait Mascardi, prélim. quest. 7.

(3) Toullier, X, n. 261 ; Marcadé, V, sur les art. 1354 à 1356, I ; Bonnier, édit. Larnaude, n. 345, p. 308, note 1 ; Thiry, III, n. 177 ; Huc, VIII, n. 348. — V. cep. Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 159, texte et note 29.

(4) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 167. — Cette définition a été adoptée par

α. L'aveu est une *déclaration*. D'où il suit que le silence, gardé par l'une des parties sur un fait allégué par l'autre, ne constitue pas en général un aveu. Toutefois il pourrait être interprété en ce sens, si la partie était interpellée par le juge dans un interrogatoire sur faits et articles ou dans une comparution (C. pr., art. 330) (1).

β. La déclaration doit porter sur un *fait*. Donc il ne faudrait pas voir un aveu dans la déclaration par laquelle un plaideur reconnaît que la question de droit doit se résoudre de telle ou telle manière. Il n'a pu qu'émettre son opinion sur le sens de la loi ; car la mission de l'interpréter en vue de l'appliquer n'appartient pas aux simples particuliers, mais à un pouvoir légalement constitué à cette fin, le pouvoir judiciaire (2).

γ. La déclaration doit avoir été faite par la partie *avec l'intention de fournir du fait avoué une preuve qui puisse lui être opposée*. Ainsi on ne peut pas considérer comme aveux les déclarations qu'elle a émises à l'appui de sa demande ou de son exception. Ce sont des moyens de défense, et, par leur nature même, elles sont exclusives de la volonté chez celui qui les fait qu'on les invoque contre lui-même (3).

δ. L'aveu est *un acte unilatéral* qui ne requiert pour exister que la volonté de la partie dont il émane. Par conséquent,

Marcadé, V, sur l'art. 1356, II. — V. aussi Colmet de Santerre, V, n. 331 *bis*: Larombière, VII, p. 221 (art. 1354, n. 1); Demolombe, n. 443; Thiry, III, n. 175. — Cpr. Pothier, *Oblig.*, n. 831; Toullier, X, n. 260; Duranton, XIII, n. 534; Laurent, XX, n. 155; Huc, VIII, n. 346; Planiol, II, 1re édit., n. 26, 2e et 3e édit., n. 22.

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 168; Demolombe, XXX, n. 455; Laurent, XX, n. 157. — Jugé que, lorsqu'une partie, en présence de deux faits qui lui sont opposés, conteste l'un en termes formels, mais garde sur l'autre le silence, les juges peuvent, à raison des circonstances de la cause, voir dans ce silence une reconnaissance du second fait. Req., 14 mai 1902, D. P., 1902. 1. 224.

(2) Larombière, VII, p. 221 (art. 1351, n. 2); Demolombe, XXX, n. 476; Laurent, XX, n. 156; Planiol, II, 1re édit., n. 26, p. 8, texte et note 3, 2e et 3e édit., n. 22, p. 8, texte et note 2. — Trib. civ. de Quimperlé, 28 mars 1877, D. P., 79. 1. 459.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 167; Larombière, VII, p. 221-222 (art. 1354, n. 3, al. 2); Demolombe, XXX, n. 450; Laurent, XX, n. 159; Huc, VIII, n. 346 *in fine*. — Req., 3 juin 1829, S. chr., IX. 1. 303; 25 février 1836, S.. 36. 1. 608: 29 janvier 1890, *Pand. franç.*, 90. 1. 392. — Cpr. Paris, 18 novembre 1867, D. P.. 67. 2. 210. — Gand, 4 avril 1885, *Pasicr.*, 86. 2. 175. — Les offres faites au demandeur en responsabilité par le défendeur ont le caractère d'une transaction et non d'un aveu. Trib. civ. Blois, 25 juillet 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 300.

l'acceptation de celui au profit duquel il est fait n'est pas une condition de son efficacité; il tire toute sa force de la présomption de vérité qui y est attachée (1).

2702. L'aveu est un mode de preuve admissible dans toutes les matières, même dans celles où la preuve testimoniale ne serait pas recevable, même pour infirmer des actes authentiques aussi bien que des actes sous seing privé (2).

La preuve d'une transaction non écrite peut donc résulter d'un aveu (3).

Il en est de même de la preuve d'un partage (4).

La réconciliation invoquée par l'époux défendeur comme fin de non recevoir contre l'action en divorce formée contre lui peut être établie par l'aveu de l'époux demandeur (5).

Toutefois, dans certaines matières touchant à l'ordre public, l'aveu des parties ne saurait former une preuve. C'est un point sur lequel nous reviendrons (6).

2703. « *L'aveu qui est opposé à une partie, est ou extrajudiciaire ou judiciaire* », dit l'art. 1354. Il y a donc deux espèces d'aveu.

L'aveu extrajudiciaire est celui qui est fait hors de la présence du juge.

Il peut être verbal ou écrit : « Les confessions de la dette, dont nous parlons ici, disait Pothier, sont celles que fait le débiteur soit dans une conversation, soit par une lettre mis-

(1) V. *infra*, n. 2724.

(2) Huc, VIII, n. 349. — Civ. rej., 3 juillet 1889, S., 92. 1. 379, D. P., 90. 1. 249.

(3) Duranton, XVIII, n. 406; Troplong, *Transac.*, n. 27; Pont, *Pet. contr.*, II, n. 505; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 660, note 6 et 7; Marbeau, *De la transac.*, n. 203; Accarias, *Transac.*, n. 84; Laurent, XXVIII, n. 378; Guillouard, *De la transac.*, n. 87; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mand., du cautionn., de la transac.*, n. 1220. — Bruxelles, 1er déc. 1810, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5061, *Interrog. sur faits et art.*, n. 22-1°. — Trib. civ. Annecy, 8 mars 1888, *Pand. franç.*, 88. 2. 284.

(4) Poitiers, 9 mars 1893, D. P., 95. 2. 121 (note de M. Planiol en sens conforme).

(5) Trib. de Villeneuve-sur-Lot, 12 déc. 1891, S., 92. 2. 188, *Le Droit*, 25 juin 1892. — V. dans le même sens les nombreux auteurs cités par Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 1354, n. 69. — *Adde* Huc, II, n. 363 : Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des personnes*, III, n. 230 *in fine*. — *Contra* Bruxelles, 15 mars 1879, *Pasicr.*, 79. 2. 275.

(6) V. *infra*, n. 2709.

sive, ou qui se trouvent *incidemment dans quelque acte qui n'a pas été passé exprès pour cela* » (1).

Ainsi qu'il résulte de ces derniers mots, quand l'aveu extrajudiciaire est écrit, il faut se garder de le confondre avec la preuve littérale préconstituée. Cette dernière preuve suppose qu'un écrit a été rédigé précisément en vue de constater un fait juridique. L'aveu extrajudiciaire peut résulter d'un acte, mais seulement d'un acte qui n'a pas été dressé pour constater le fait avoué, en d'autres termes d'un acte qui n'établit ce fait que d'une façon incidente et accessoire (2).

Toutes les fois qu'un aveu a lieu hors justice, il a le caractère d'aveu extrajudiciaire. Ainsi l'aveu fait par une partie ou par un avoué, son mandataire, lors d'une levée de scellés, alors qu'il n'y a aucun litige, est un aveu de cette nature (3).

2704. « *L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en* » *justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial* ». Art. **1356**, al. **1**.

L'existence de l'aveu judiciaire est subordonnée à deux conditions, qui en sont comme les éléments constitutifs. Tout aveu dans lequel elles ne se rencontrent pas, doit être considéré comme extrajudiciaire.

α. — L'aveu judiciaire est fait *dans une instance,* quelle que soit du reste sa forme. Il peut être oral, c'est-à-dire proféré spontanément à l'audience, ou provoqué par l'interrogatoire du juge; il peut aussi être écrit, c'est-à-dire consigné dans un acte de procédure signifié dans le cours de l'instance (4).

De là résultent plusieurs conséquences :

1° L'aveu fait au bureau de conciliation n'est pas un aveu judiciaire, parce que le préliminaire de conciliation précède l'instance et n'en fait pas partie. On a objecté qu'un tel aveu, par suite du caractère du magistrat, présente les mêmes

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 835, al. 3 (édit. Dupin, I, p. 487).

(2) Pothier, *loc. cit.*, et al. 2 du même n.; Larombière, VII, p. 224 (art. 1355, n. 2).

(3) Trib. civ. Annecy, 7 janv. 1886, D. *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2145-1°. *Mon. judic. de Lyon*, 2 nov. 1886.

(4) La question de savoir si l'on doit faire état d'un aveu qui ne résulterait que de simples notes d'audience, rentre dans l'appréciation souveraine des juges du fond. Crim. rej., 21 déc. 1888, *Pand. franç.*, 89. 1. 193.

garanties que celui qui est fait en justice. Mais il n'en résulte pas qu'il ait été fait dans une instance; l'objection tend seulement à faire reconnaître à un aveu intervenu dans ces circonstances une force probante plus considérable (1).

2° Une déclaration faite dans une lettre missive n'est qu'un aveu extrajudiciaire, alors même qu'elle serait écrite pendant la durée du procès par une partie à l'autre. Il ne suffit pas en effet que la déclaration soit faite au cours de l'instance, il faut qu'elle le soit dans l'instance même (2).

3° Cette solution doit s'appliquer aussi aux déclarations qui seraient insérées dans une requête adressée à l'autorité administrative à l'occasion d'une instance civile (3).

4° L'aveu fait devant un tribunal incompétent *ratione materiæ* n'est qu'un aveu extrajudiciaire (4).

5° A plus forte raison une déclaration faite dans un inventaire, devant un notaire qui n'avait reçu aucun mandat de justice, ne saurait constituer un aveu judiciaire (5).

(1) *Sic* Pigeau, *Comment. de la proc.*, I, p. 150; Chauveau sur Carré, *Quest.*, 229; Thomine-Desmazures, *Comment. sur le Code de proc.*, I, n. 74; Bonnier, *op. cit.*, n. 294; Colmet de Santerre, V, n. 332 *bis*-II; Laurent, XX, n. 162; Garsonnet, *Tr. théor. et prat. de proc.*, 2e édit., II, § 639 *in fine*, p. 401; Planiol, II, 1re édit., n. 30, 2e et 3e édit., n. 26. — *Contra* Delvincourt, II, n. 836; Toullier, X, n. 271; Duranton, XIII, n. 561; Boncenne, *Procéd.*, II, p. 45; Baroche, *Encycl. du dr.*, v° *Aveu*, n. 12; Troplong, *Prescr.*, n. 616; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 169, texte et note 9; Larombière, VII, p. 231 (art. 1356, n. 2); Demolombe, XXX, n. 490 et 491; Dufour, *Rev. de l'Acad. de législ. de Toulouse*, II, p. 231. — Paris, 31 janv. 1807, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5065-1°, 5162, *Paternité et filiation*, n. 598. — Turin, 6 déc. 1808, S. chr., II. 2. 444, D., *op.* v° *cit.*, n. 5064-1°, 3185. — Bruxelles, 11 fév. 1820, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5065-1°. — Limoges, 17 juill. 1849, S., 49. 2. 710, D. P., 52. 2. 51. — Trib. civ. Annecy, 7 janv. 1886, *Mon. jud. Lyon*, 6 nov. 1886.

(2) Massé, *Dr. comm.*, IV, n. 2590; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 169; Larombière, VII, p. 233 (art. 1356, n. 6); Demolombe, XXX, n. 495; Laurent, XX, n. 163; Planiol, *loc. cit.* — Req., 7 nov. 1827, S. chr., VIII. 1. 695, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5071.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Larombière, VII, p. 232 (art. 1356, n. 5, al. 3); Demolombe, XXX, n. 493; Planiol, *loc. cit.* — Req., 9 janv. 1839, S., 39. 1. 22.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Confession*, § 8; Duranton, XIII, 562; Poujol, *op. cit.*, III, p. 12 *in fine* (sur les art. 1354 à 1356, n. 12); Larombière, VII, p. 231 *in fine* (art. 1356, n. 4); Demolombe, XXX, n. 492. — Req., 19 déc. 1877, S., 78. 1. 309, D. P., 78. 1. 176. — Civ. cass., 9 janv. 1889, S., 89. 1. 118, D. P., 90. 1. 125, *Pand. franç.*, 89. 1. 337. — L'aveu est judiciaire s'il se produit devant un tribunal qui n'est incompétent que *ratione personæ*, Duranton, XIII, n. 563; Poujol, *loc. cit.*

(5) Trib. civ. Seine, 2 juill. 1892, *Droit*, 3 nov. 1892.

6° Au contraire, la déclaration faite devant les arbitres constitue un aveu de cette nature (1).

2705. β. — L'aveu judiciaire doit être fait *dans l'instance même où il est invoqué*. Emis pour servir au jugement de la question en litige, il ne saurait, sans que l'intention de son auteur fût dépassée, étendre ses effets au delà de cette limite. Son autorité est relative, comme celle de la chose jugée. Il en résulte que l'aveu fait dans une instance ne peut avoir, non seulement pour les tiers, mais encore pour les parties, que la valeur d'un aveu extrajudiciaire, lorsqu'il est invoqué dans un procès différent (2).

C'est ainsi que l'aveu fait au possessoire par le défendeur ne saurait, lorsque celui-ci est assigné au pétitoire, lui être opposé comme formant une preuve légale des faits articulés dans cette dernière instance (3).

§ II. *De la capacité en matière d'aveu.*

2706. L'aveu n'est valable, comme tout autre fait juridique, qu'autant qu'il émane d'une personne capable. Mais quelle est la capacité exigée ? L'aveu ayant pour effet de rendre pire la condition de celui qui le fait, et pouvant entraîner la perte de son procès, il faut avoir en principe la capacité de disposer

(1) Aubry et Rau, Planiol, *loc. cit.;* Laurent, XX, n. 161. — Req., 20 mars 1860, S., 61. 1. 61, D. P., 60. 1. 398.

(2) Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Confession*, § I; Rauter, *op. cit.*, n. 133; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 168, texte et note 7; Larombière, VII, p. 232 (art. 1356, n. 5); Demolombe, XXX, n. 498; Planiol, II, 1re édit., n. 30, 2e et 3e édit., n. 26. — Req., 4 août 1840, S., 40. 1. 903, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5095-2°. — Civ. rej., 3 déc. 1878, S., 79. 1. 39, D. P., 79. 1. 23. — Civ. cass., 27 nov. 1883, S., 85. 1. 66, D. P., 84. 1. 77. — Bourges, 16 mai 1884, S., 85. 2. 60, *Gaz. Pal.*, 84. 2. 181. — Req., 13 déc. 1886, S., 87. 1. 176, D. P., 87. 1. 386, *Pand. franç.*, 88. 1. 292. — Civ. cass., 9 janv. 1889, S., 89. 1. 118, D. P., 90. 1. 125. — Req., 25 janv. 1893, S., 93. 1. 244, D. P., 93. 1. 82. — V. cep. Marcadé, V, sur l'art. 1356, II; Baroche, *Encycl. du droit*, v° *Aveu*, n. 14; Bonnier, *op. cit.*, n. 350; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 536, § 605, note 2; Laurent, XX, n. 160 s.; Naquet, *Note*, sous Aix, 20 novembre 1888, S., 89. 2. 145. — Req., 9 mai 1834, *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5095; 16 mars 1868, S., 68. 1. 409, D. P., 72. 1. 137; 14 mars 1883, S., 85. 1. 376, D. P., 84. 1. 24. — Cette dernière solution était admise sans difficulté dans notre ancien droit. V. Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 1356, n. 13.

(3) Req., 4 août 1840 et Civ. cass., 27 nov. 1883, précités.

de l'objet de la contestation (1). Ainsi on ne peut pas opposer un aveu à un mineur, à un interdit ou à une femme mariée non autorisée (2).

Quant à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ou au mineur émancipé, l'aveu fait par lui alors qu'il n'était pas assisté de son conseil ou de son curateur, ne saurait lui être opposé que s'il concerne des actes pour lesquels il avait personnellement une capacité complète (3).

Les aveux faits par les femmes mariées non autorisées leur sont opposables quand ils sont relatifs aux actes pour lesquels l'autorisation n'est pas exigée.

Mais, dans l'hypothèse contraire, les aveux ne sont pas valables si les femmes les ont faits sans autorisation (4).

La femme autorisée à ester en justice est, par le fait même, autorisée à répondre aux questions qui lui sont adressées par le juge soit dans un interrogatoire sur faits et articles, soit lors d'une comparution personnelle des parties; elle est, par conséquent, liée par l'aveu qu'elle fait en pareille circonstance. On ne pourrait pas, au contraire, lui opposer l'aveu judiciaire qu'elle ferait spontanément, c'est-à-dire sans avoir été interpellée par le juge (5).

2707. On ne peut même opposer à un incapable l'aveu fait par son représentant légal, par exemple par son tuteur, que lorsqu'il porte sur des faits personnels de gestion qui n'excèdent pas les pouvoirs de ce représentant (6).

(1) Duranton, XIII, n. 542; Marcadé, V, sur les art. 1354 à 1356, II; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 170; Larombière, VII, p. 237 (art. 1356, n. 10); Demolombe, XXX, n. 463-465; de Fréminville, *Tr. de la minorité*, II, n. 771; Laurent, XX, n. 169; Arntz, III, n. 423; Huc, XIII, n. 349.

(2) Bonnier, *op. cit.*, n. 351; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 170; Larombière, VII, p. 237 (art. 1356, n. 10); Demolombe, XXX, n. 467-468; Laurent, XX, n. 170; Planiol, II, 1re édit., n. 31, 2e et 3e édit., n. 27. — Limoges, 3 août 1860, S., 61. 2. 241, D. P., 61. 2. 48.

(3) Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXX, n. 468.

(4) Demolombe, XXX, n. 469-470; Laurent, XX, n. 170, al. 2.

(5) Bonnier, *op. cit.*, n. 351; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 171, texte et note 14; Larombière, VII, p. 238 (art. 1356, n. 10, al. 4 et 5); Demolombe, XXX, n. 471. — Civ. rej., 22 avril 1828, S. chr., IX. 1. 84, D., *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, 5083, vo *Mariage*, n. 919. — V. cep. Laurent, XX, n. 170, al. 2, p. 200 *in fine*.

(6) Boncenne, *Proc. civ.*, IV, p. 523; Carré et Chauveau, *op. cit.*, quest. 1224; de Fréminville, *De la minorité*, II, n. 772; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 171,

A raison du même principe, l'aveu du mandataire ne lie le mandant, d'après l'art. 1356, al. 1, qu'autant que le premier était investi pour le faire d'un *pouvoir spécial*. Cpr. art. 1988 (1). Ainsi la partie qui plaide contre un établissement de bienfaisance ne saurait demander acte d'un aveu fait en justice par les membres du comité administratif de cet établissement, quand ceux-ci n'étaient pas fondés d'un pouvoir spécial pour faire cet aveu (2). De même les aveux du mari ne sont opposables à la femme que s'ils sont relatifs aux biens dont il a l'administration et seulement dans les limites de cette administration, et, par suite, si le mari, sans mandat spécial de sa femme, reconnaît, par exemple, qu'un mur dépendant d'un immeuble paraphernal de celle-ci est mitoyen, cet aveu ne saurait être opposé à la femme (3).

Du moment que l'aveu émané du mandataire ne lie le mandant qu'autant qu'il a été fait dans les conditions exigées par l'art. 1356, al. 1, doit être cassée, comme non justifiée, la décision judiciaire qui fait prévaloir sur l'affirmation du mandant l'aveu du mandataire sans constater que ce dernier était muni d'une procuration expresse à l'effet de faire cet aveu (4).

Quant aux avoués et huissiers chargés d'instrumenter en justice pour les parties, ils sont présumés, lorsqu'ils font des aveux relatifs à des faits concernant l'affaire, agir avec le mandat de leur client, qui, par suite, se trouve lié. Mais celui-ci peut les faire tomber au moyen d'une procédure spéciale qu'on appelle le *désaveu* (C. pr., art. 352 à 362) (5).

in fine; Larombière, VII, p. 236 (art. 1356, n. 9, dern. al.); Demolombe, VII, n. 690; Huc, VIII, n. 349; Planiol, *loc. cit.* — Bourges, 26 avril 1831, D. P., 31. 2. 241. — Lyon, 18 juill. 1861, S., 61. 2. 177, D. P., 63. 2. 166. — V. cep. Laurent, XX, n. 173.

(1) Colmar, 27 déc. 1848, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5089-2°. — Civ. cass., 9 avril 1888, D. P., 88. 1. 319. — Dijon, 28 mai 1890, *La Loi*, 1890, p. 546. — Civ. rej., 10 mai 1893, D. P., 94. 1. 259. — Civ. cass., 26 juin 1901, D. P., 1902. 1. 8.

(2) Req., 8 avril 1874, S., 74. 1. 258, D. P., 76. 1. 225. — Jugé aussi que les aveux faits en justice par un maire plaidant pour sa commune sont inopérants. Douai, 4 juill. 1838, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5086-1°. — V. également Cass., Belgique, 4 mai 1854, *Pasicr.*, 54. 1. 210.

(3) Cass., 13 juin 1877, *Droit*, 14 sept. 1877.

(4) Civ. cass., 26 juin 1901, S., 1902. 1. 116, D. P., 1902. 1. 8, *Pand. franç.*, 1902. 1. 54, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 214.

(5) Duranton, XIII, n. 586; Mourlon, II, n. 1639, al. 2; Aubry et Rau, 4e édit.,

Il n'en est pas de même des aveux faits par les avocats. Par eux-mêmes ils sont sans valeur, parce que l'avocat ne représente pas la partie : il n'est que son conseil [1]. Mais il est admis en pratique que, si l'avoué, assistant l'avocat, ne rétracte pas l'aveu échappé à ce dernier, il se l'approprie par son silence, et l'effet de cet aveu ne peut encore disparaître que par un désaveu contre l'avoué [2].

On admet que les aveux faits par les agréés devant les tribunaux de commerce lient leurs clients. Rappelons ici que les agréés ne peuvent plaider pour autrui qu'en vertu d'un mandat spécial, sauf quand la partie, présente à l'audience, les y autorise [3].

§ III. *De la force probante de l'aveu.*

I. *De l'aveu judiciaire.*

2708. L'aveu judiciaire fait preuve complète contre la partie de laquelle il émane. « *Il fait pleine foi,* dit l'art. 1356, al. 2, *contre celui qui l'a fait* ». Il a même toujours été considéré comme la plus décisive de toutes les preuves. Dès lors, la partie qui s'en prévaut n'a pas besoin de prouver autre-

VIII, p. 171 ; Larombière, VII, p. 236 (art. 1356, n. 9, al. 2) ; Demolombe, XXX, n. 499, al. 4 et 5 ; Laurent, XX, n. 172 ; Garsonnet, *op. cit.*, 2e édit., III, §§ 910 et 912, p. 173 et 177; Vigié, II, n. 1755, dern. al. ; Thiry, III, n. 176, al. 5; Huc, VIII, n. 349, al. 2 ; Planiol, II, 1re édit., n. 31, al. 2, 2e et 3e édit., n. 27, al. 2. — Nancy, 14 août 1882, *Gaz. Pal.*, 83. 1. 63. — Trib. civ. Seine, 7 mars 1899, *Loi*, 15 avril 1899. — Jugé toutefois qu'un avoué, mandataire d'une partie, n'a pas qualité pour passer personnellement, dans une correspondance, un aveu au nom de son client, Rouen, 26 janv. 1901, *Rec. Rouen*, 1901. 1. 65.

(1) Civ. cass., 30 mars 1869, S., 69. 1. 245, D. P., 69. 1. 239. — Trib. civ. Saint-Pol, 30 août 1884, *Gaz. Pal.*, 84. 2. 407. — Req., 28 mai 1894, S., 96. 1. 277, D. P., 94. 1. 533, *Pand. franç.*, 94. 1. 516. — Trib. civ. Toulouse, 29 mai 1894, *Gaz. Midi*. 17 juin 1894. — *Adde* Garsonnet, *op. cit.*, 2e édit., III, § 915, p. 183.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Désaveu d'avoué*, § 3; Toullier, X, n. 298; Bonnier, *op. cit.*, n. 351; Mourlon, II, n. 1639, al. 3 et 4; Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit,;* Demolombe, XXX, n. 500; Laurent, XX, n. 172, dern. al.; Thiry, III, n. 176, dern. al. ; Huc, VIII, n. 349, dern. al. ; Planiol, II, 1re édit., n. 31, dern. al., 2e et 3e édit., n. 27, dern. al.; Garsonnet, *loc. cit.* — Req., 16 mars 1814, S., IV. 1. 547; 9 avril 1838, S., 38. 1. 442. — Civ. rej., 30 mars 1869, précité; 22 mars 1870, S., 71. 1. 146, D. P., 71. 1. 41. — V. aussi Req., 8 déc. 1829, S. chr., IX. 1. 402.

(3) *Encycl. du dr.*, v° *Agréé*, n. 7, et v° *Aveu*, n. 18; Demolombe, XXX, n. 500 *bis*. — Paris, 26 déc. 1884, *Gaz. Pal.*, 85. 2. 95.

ment le fait avoué, qui est tenu pour constant, et le juge lui-même est obligé d'y conformer sa sentence (1).

Néanmoins cette force probante n'est pas absolue, il nous faut délimiter exactement le domaine dans lequel elle exerce son action.

2709. Elle reçoit d'abord plusieurs exceptions.

Les unes sont formellement écrites dans la loi : c'est ainsi qu'en matière de séparation de biens elle déclare inefficace l'aveu du mari, alors même qu'il n'y a pas de créancier. Art. 870 C. pr. civ. (2).

Les autres résultent de la nature du droit litigieux : l'aveu est sans valeur, quand il porte sur un droit dont la partie, pour des raisons d'ordre public, n'a pas la disposition, par exemple sur les droits éventuels qu'on peut avoir à la succession d'une personne vivante (3).

Il est également inutile, quand il a pour objet un fait dont la loi prohibe la reconnaissance, tel que l'aveu d'une paternité adultérine ou incestueuse (4).

En matière de divorce ou de séparation de corps, l'aveu du défendeur forme-t-il preuve complète des faits allégués à l'appui de la demande? Ce n'est pas ici le lieu d'examiner la question. Disons simplement qu'en général on pose en principe la négative et que, tout au moins, l'affirmative ne doit pas être admise d'une façon absolue (5).

2710. La foi due à l'aveu judiciaire reçoit en outre deux

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 831 (édit. Dupin, I, p. 484); Duranton, XIII, n. 551 : Aubry et Rau, VIII, p. 174; Larombière, VII, p. 238-239 (art. 1356, n. 11); Demolombe, XXX, n. 503; Laurent, XX, n. 78. — Les réserves vagues et indéterminées insérées dans un acte de procédure ne sauraient avoir pour effet de détruire l'aveu d'une convention verbale intervenue entre les parties. Req., 27 nov. 1893, S., 95. 1. 167, D. P., 94. 1. 60.

(2) V. Garsonnet, *op. cit.*, 2e édit., VII, § 2774, p. 476 *in fine* et p. 477.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 174; Larombière, VII, p. 244 (art. 1356, n. 13); Demolombe, XXX, n. 481.

(4) Marcadé, V, sur les art. 1354 à 1356, II; Bonnier, *op. cit.*, n. 352; Colmet de Santerre, V, n. 333 *bis*-III; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 174, note 24; Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXX, n. 482; Laurent, XX, n. 176, al. 2.

(5) V. Aubry et Rau, 4e édit., V, p. 181; Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, IV, n. 474; Huc, II, n. 289 *in fine*; Planiol, 1re et 2e édit., III, n. 584, 3e édit., I, n. 1213; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des personnes*, III, n. 27. — V. aussi la jurisprudence indiquée par ces derniers auteurs.

limitations importantes : l'une résulte de ce qu'il ne peut pas être divisé contre celui qui l'a fait, et l'autre de ce qu'il peut être rétracté sous certaines conditions. Nous sommes ainsi conduits à parler de l'indivisibilité et de la rétractation de l'aveu judiciaire.

A. *De l'indivisibilité de l'aveu judiciaire* (1).

2711. L'art. 1356, après avoir établi que l'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait, ajoute dans son alinéa 3 : « *Il ne peut être divisé contre lui* ».

Cette courte phrase soulève l'une des difficultés les plus ardues que présente la science du droit. Pour faciliter l'intelligence du sujet, nous résoudrons successivement ces deux questions : 1° Quand l'aveu est-il indivisible? 2° Un aveu étant reconnu tel, quelles sont les conséquences du principe de l'indivisibilité de l'aveu?

N° 1. *Des cas où l'aveu est indivisible.*

2712. Quand l'aveu est-il indivisible? Cette question est préjudicielle à l'autre; elle est aussi de beaucoup la plus délicate.

Un aveu est indivisible dans trois cas : 1° s'il porte purement et simplement sur le fait allégué par l'autre partie; 2° lorsqu'il porte encore sur le même fait, mais modifié par des circonstances qui en altèrent l'essence ou la nature juridique; 3° lorsqu'il porte à la fois sur le fait allégué par l'adversaire et sur un autre fait, distinct du premier, mais s'y rattachant comme une suite ordinaire ou accidentelle.

Ces trois cas correspondent à trois sortes d'aveux, qui sont, dans l'ordre que nous avons adopté, l'aveu *pur et simple*, l'aveu *qualifié* et l'aveu *complexe* (2). Nous allons les repren-

(1) Le Code de procédure allemand de 1877 n'a pas admis l'indivisibilité de l'aveu. Art. 262. V. la traduction Glasson, Léderlin et Dareste, p. 96, texte et note 3.

(2) Bonnier, *op. cit.*, n. 356; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 174; Demolombe, XXX, n. 509; Arntz, III, n. 427; Thiry, III, n. 178; Planiol, II, 1re édit., n. 58, 2e et 3e édit., n. 541 — Cpr. Laurent, XX, n. 185; Huc, VIII, n. 352-353; Vigié, II, n. 1757, p. 818.

dre pour les éclairer par des exemples et les justifier doctrinalement.

2713. 1° L'aveu pur et simple, au point de vue qui nous occupe, ne saurait donner lieu à aucune difficulté puisqu'il est la reproduction pure et simple du fait allégué par l'autre partie à l'appui de sa demande ou de son exception. Je vous réclame 5.000 francs que je vous ai prêtés, avec intérêts à 5 p. 100; vous reconnaissez purement et simplement que vous me devez cette somme à titre de prêt et que vous m'avez promis des intérêts à 5 p. 100. Un tel aveu est essentiellement indivisible.

2714. 2° Passons à l'aveu qualifié. L'une des parties prétend avoir prêté une certaine somme; l'autre avoue que cette somme lui a été, en effet, remise, mais elle ajoute soit que le capital lui en a été abandonné, à charge pour elle de servir une rente viagère, soit qu'elle a reçu les fonds à titre de don manuel. Autres exemples : l'une des parties prétend avoir prêté à intérêt; l'autre avoue avoir reçu la somme à titre de prêt, mais sans promesse d'intérêts. Le défendeur reconnaît le principe de la dette, mais en alléguant la stipulation d'une condition suspensive qui ne se serait pas réalisée. Ou bien le souscripteur d'un billet prétend que la cause énoncée dans ce titre n'est pas véritable et que l'obligation est nulle comme ayant une cause illicite; le porteur du billet reconnaît la fausseté de la cause qui s'y trouve énoncée, mais il assigne une autre cause licite à sa créance. Ou bien encore il s'agit de l'aveu d'une femme mariée qui reconnaît avoir contracté une dette, mais ajoute avoir agi comme mandataire de son mari. Dans ces espèces, le fait principal est avoué avec une modification qui altère sa nature juridique. Cet aveu qualifié est-il également indivisible? L'affirmative est certaine. Elle est d'abord conforme à l'équité et à la raison. Est-il équitable en effet de scinder la déclaration de mon adversaire pour en détacher à mon profit seulement ce qui m'est favorable ? Ce serait prêter à ses paroles un sens qu'il n'a certainement pas voulu leur donner. D'ailleurs les principes généraux de la preuve conduiront à décider que, dans l'art. 1356, al. 3, le législateur a eu en vue le cas d'aveu

qualifié. Puisque cet aveu ne prouve pas le fait tel qu'il est allégué, la règle de l'art. 1315 subsiste, et la partie reste tenue de justifier par d'autres moyens le fondement de sa prétention (1).

2715. 3° Quant à l'aveu complexe, il est ainsi nommé, parce qu'il embrasse, comme nous allons le voir, deux faits dis-

(1) Marcadé, V, sur l'art. 1354 à 1356, II; Bonnier, *op. cit.*, n. 356; Colmet de Santerre, V, n. 334 *bis*-II; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 175, texte et note 26; Larombière, VII, p. 242 (art. 1356, n. 15); Demolombe, XXX, n. 511-513; Laurent, XX, n. 187-192; Arntz, III, n. 427; Thiry, III, n. 178, al. 3. — Civ. cass., 22 (ou 28) avril 1807, S. chr., II. 1. 380, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 544. — Colmar, 18 mai 1813, S. chr., D., *op.* et v° *cit.*, n. 5113-2°. — Civ. cass., 3 déc. 1817, S. chr., V. 1. 389, S., 18. 1. 175; 30 août 1821, S., 22. 1. 54. — Riom, 25 juill. 1827, S., 30. 2. 12, S. chr., VIII. 2. 399. — Civ. cass., 4 déc. 1827, S., 28. 1. 42, S. chr., VIII. 1. 714, col. 2 *in fine*, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5114-5°, et v° *Vente*, n. 1729-2°. — Montpellier, 6 mars 1828, S. chr., IX. 2. 49, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5114-6°. — Req., 10 janv. 1832, S., 32. 1. 90, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5119-2°. — Bordeaux, 18 juin 1839, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5114-8°. — Civ. cass., 26 nov. 1849, S., 50. 1. 29, D. P., 50. 1. 28, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5113-3°. — Paris, 20 fév. 1852, S., 52. 2. 124, D. P., 52. 2. 224. — Civ. cass., 14 avril 1852, S., 52. 1. 453, D. P., 52. 1. 141. — Req., 29 mai 1861, S., 61. 1. 606, D. P., 61. 1. 389. — Paris, 23 nov. 1861, D. P., 62. 2. 206. — Req., 11 mars 1862, S., 63. 1. 135, D. P., 62. 1. 534; 18 fév. 1873, S., 73. 1. 463, D. P., 73. 1. 135; 3 mars 1873, S., 73. 1. 437, D. P., 73. 1. 248. — Civ. cass., 13 mai 1874, S., 75. 1. 342, D. P., 75. 1. 83. — Dijon, 12 mai 1876, S., 76. 2. 300, D. P., 77. 2. 129. — Angers, 5 déc. 1883, *Gaz. Pal.*, 84. 2. 439. — Chambéry, 4 déc. 1884, *Gaz. Pal.*, 85. 1. 158. — Trib. paix Romilly-sur-Seine, 1er déc. 1885, *Monit. des juges de paix*, 1886, 116. — Civ. cass., 21 oct. 1890, *Pand. franç.*, 91. 1. 107. — Trib. civ. Bordeaux, 25 mai 1892, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 92. 3. 134. — Trib. paix Bourg, 6 avril 1894, même rec., 94. 3. 67. — Trib. civ. Bordeaux, 16 avril 1894, même rec., 94. 3. 111. — Riom, 20 déc. 1894, *Rec. Riom*, 1895, 121. — Trib. civ. Lyon, 18 janv. 1896, *Loi*, 14 fév. 1896. — Amiens, 28 janv. 1896, *Rec. Amiens*, 1896, 25. — Agen, 11 fév. 1896, S., 99. 2. 73, D. P., 97. 2. 513. — Req., 24 fév. 1896, S., 96. 1. 485. — Trib. civ. Bordeaux, 2 fév. 1898, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1898. 3. 60; 4 mars 1898, même rec., 98. 3. 77. — Trib. civ. Seine, 13 déc. 1898, *Loi*, 29 déc. 1898; 24 déc. 1898, *Gaz. Trib.*, 99, 2e sem., 1. 262. — Req., 1er août 1899, S., 1902. 1. 21, *Pand. franç.*, 1900. 1. 158. — Bordeaux, 8 déc. 1899, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1900. 1. 184. — Trib. civ. Bordeaux, 23 mai 1900, même rec., 1901. 3. 113. — Besançon, 7 nov. 1900, D. P., 1903. 2. 252. — Civ. cass., 30 juill. 1901, S., 1901. 1. 143, D. P., 1901. 1. 507, *Pand. franç.*, 1902. 1. 86. — Trib. com. Seine, 20 août 1902, *Droit*, 22 oct. 1902, *Gaz. Trib.*, 1902, 2e sem., 3. 371. — Trib. civ. Seine, 28 oct. 1902, *Droit*, 15 janv. 1903. — Civ. cass., 25 mars 1903, *Pand franç.*, 1904. 1. 124. — Trib. civ. Seine, 29 nov. 1904, *Gaz. Trib.*, 1905, 2e semestre, 1. 238. — Rennes, 24 déc. 1906, S., 1907. 2. 164. — Civ. cass., 24 avril 1907, D. P., 1907. 1. 293, *Gaz. Pal.*, 1907. 1. 583, *Pand. franç.*, 1907. 1. 169. — Est indivisible l'aveu de la femme qui reconnaît avoir contracté une dette, mais en déclarant ne l'avoir contractée que comme mandataire de son mari. Bordeaux, 8 déc. 1899, précité. — Cpr. Huc, VIII, n. 352-353; Vigié, III, n. 1757, al. 2.

tincts : le fait principal et un fait tout nouveau tendant à créer une exception au profit de celui qui avoue. Cet aveu est-il indivisible ? La formule que nous avons donnée plus haut résout la difficulté par une distinction.

2716. α. — Ou bien le fait nouveau présuppose l'existence du fait principal et en forme la suite ordinaire ou même accidentelle. Dans ce cas, on ne peut le scinder, en tant qu'il a pour effet de restreindre ou de paralyser les conséquences juridiques du fait principal. Cette indivisibilité implique un lien intime de connexité entre les deux faits qu'embrasse l'aveu complexe. *Primus*, par exemple, se prétendant créancier de *Secundus*, celui-ci avoue que la dette réclamée a existé, mais prétend qu'elle a été éteinte par un fait postérieur, tel que le paiement ou même la remise de la dette, ou qu'elle s'est transformée dans une nouvelle par l'effet d'une novation. La formation de l'obligation et son extinction se rattachent en effet l'une à l'autre par leur objet, si elles se séparent par leur nature en ce qui concerne leur date. Cette solution repose d'abord sur une tradition juridique constante. Pothier lui-même nous donne un exemple d'indivisibilité, emprunté au cas d'aveu complexe le plus clair : celui de l'aveu d'une dette accompagné de l'allégation d'un paiement (1), Merlin nous atteste que telle était la pratique constante en France (2), et le rapport du tribun Jaubert, qui reproduit le même exemple, prouve que les rédacteurs du Code ont entendu consacrer la même doctrine (3). On peut d'ailleurs invoquer en sa faveur, outre la généralité des termes de l'art. 1356, al. 3, qui ne restreint pas l'application de l'indivisibilité au cas où l'aveu porterait sur un fait unique, cette raison pratique qu'un débiteur, dont la dette n'est pas justifiée par écrit, n'a pas de motif pour exiger une quittance, lorsqu'il se libère ; il ne faut donc pas le rendre victime d'un aveu complexe fait de bonne foi. Enfin la disposition de l'art. 1924, relative au dépôt, fournit un argument d'analogie très puissant (4).

(1) *Oblig.*, n. 883 (édit. Dupin, I, p. 485).
(2) *Quest.*, v° *Confession*, § 2, n. 2.
(3) Fenet, XIII, p. 405 ; Locré, XII, p. 536, n. 36.
(4) Delvincourt, II, p. 629 ; Toullier, V, n. 339 ; Duranton, XIII, n. 555 ; Marcadé,

2717. β. — Ou bien le nouveau fait, allégué par celui qui avoue le fait principal, n'est pas connexe avec celui-ci par son objet ou par sa nature, et n'en présuppose pas l'existence. Ainsi, *Primus* poursuivant *Secundus* en paiement, celui-ci avoue que la dette a existé ; mais il allègue en même temps une compensation opérée à son profit au moyen d'une créance qu'il aurait acquise avant ou depuis la naissance de la première. Rien ne s'oppose à la division d'un pareil aveu. Admettre avec Merlin qu'il est indivisible, ce serait s'écarter de la doctrine traditionnelle, déjà consacrée par les jurisconsultes romains (1), et que l'on trouve énoncée dans Voët. Ce serait même permettre au défendeur d'intervertir les rôles, si la créance alléguée par lui dépassait le montant de sa dette (2).

V. sur les art. 1354-1356, II; Bonnier, *op. cit.*, n. 356; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 176; Larombière, VII, p. 242-246 (art. 1356, n. 15); Demolombe, XXX, n. 511-513; Laurent, XX, n. 193; Arntz, *loc. cit.*; Thiry, III, n. 178, al. 4. — Req., 6 nov. 1838, S., 38. 1. 892, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5130-3°. — Civ. cass., 25 avril 1853, S., 53. 1. 368, D. P., 53. 1. 165; 21 avril 1856, S., 57. 1. 280, D. P., 56. 1. 156. — Req., 30 juill. 1862, S., 63. 1. 136, D. P., 62. 1. 509. — Civ. cass., 24 juin 1863, S., 63. 1. 341, D. P., 63. 1. 404; 8 avril 1874, S., 75. 1. 76, D. P., 75. 1. 231. — Trib. civ. Bourg, 2 fév. 1883, *Gaz. Pal.*, 83. 2. 115 (4e partie). — Req., 12 mai 1885, *Gaz. Pal.*, 85. 2. 350; 21 oct. 1890, S., 90. 1. 504. — Trib. civ. Bordeaux, 17 fév. 1892, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 92. 3. 59. — Alger, 6 mai 1896, D. P., 97. 2. 347. — Trib. civ. Lyon, 20 nov. 1897, *Mon. jud. Lyon*, 17 déc. 1897. — Trib. civ. Bordeaux, 2 fév. 1898, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 98. 3. 60. — Civ. cass., 18 mai 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 1. 714, *Pand. franç.*, 98. 1. 276. — Riom, 22 janv. 1899, *Rec. Riom*, 98-99. 117. — Req., 1er août 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 2. 301. — Trib. paix Paris, 24 oct. 1901, *Droit*, 12 fév. 1902. — Trib. civ. Lyon, 22 nov. 1901, *Mon. judic. Lyon*, 20 janv. 1902. — Trib. civ. Bourg, 5 juin 1902, *Droit*, 7 nov. 1902, *Gaz. Trib.*, 1902, 2e sem., 2. 414. — Civ. cass., 25 mars 1903, D. P., 1903. 1. 486. — Lyon, 14 juin 1904, *Mon. jud. Lyon*, 11 nov. 1904. — Cpr. Huc, VIII, n. 352-353.

(1) L. 26, § 2, D., *Dep. vel contra*, XVI, 3.

(2) Toullier, X, n. 339; Bonnier, *loc. cit.*: Marcadé, V, art. 1354 à 1356, II; Boncenne, *Tr. de la proc. civ.*, IV, p. 551; Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1262: Colmet de Santerre, V, n. 334 *bis*-IV; Massé, *Dr. comm.*, IV, n. 2588; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 177, texte et note 30; Larombière, VII, p. 250-254 (art. 1356, n. 18); Demolombe, XXX, n. 521-522; Arntz, *loc. cit.*: Thiry, III, n. 178, al. 5, p. 206. — Req. 14 janv. 1824, S. chr., VII. 1. 374. — Douai, 13 mai 1836, S., 36. 2. 450, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5133-2° et *Conciliation*, n. 292. — Req., 8 mai 1855, S., 56. 1. 62, D. P., 55. 1. 245. — Civ. cass., 30 juin 1857, S., 57. 1. 702, D. P., 57. 1. 308. — Req., 8 fév. 1864, S., 65. 1. 227, D. P., 64. 1. 486. — Trib. civ. Montargis, 21 janv. 1884, *Gaz. Pal.*, 84. 1. *Suppl.*, 36. — Trib. civ. Seine, 7 mai 1885, *Droit*, 25 oct. 1885. — Bordeaux, 15 juill. 1890, *Journ. des arr.*

Par application des mêmes principes, les différentes réponses contenues dans un interrogatoire sur faits et articles peuvent, lorsqu'elles sont relatives à des faits distincts, être appréciées isolément (1).

On doit *a fortiori* décider de même, lorsque, dans une contestation qui porte sur plusieurs chefs distincts, des aveux ont été faits sur quelques-uns de ces chefs (2).

de Bordeaux, 91. 1. 6. — Trib. paix Tours, 8 nov. 1892, *Gaz. Trib.*, 1er janv. 1893. — Amiens, 3 mars 1898, *Pand. franç.*, 99. 2. 89, *Gaz. Pal.*, 98. 1. 605. — Civ. cass., 14 avril 1897, S., 1900. 1. 454, D. P., 97. 1. 287. — Req., 14 nov. 1899, S., 1900. 1. 455, D. P., 1900. 1. 149, *Pand. franç.*, 1901. 1. 92. — Grenoble, 29 nov. 1904, D. P., 1905. 2. 397. — V. cep. Merlin, *Quest.*, v° *Confession*, § 2, n. 2; Laurent, XX, n. 195, al. 2, p. 222, *in fine*, et p. 223, et n. 196; Huc, VIII, n. 353 *bis*, p. 458, et n. 354; Vigié, *loc. cit.*

(1) Laurent, XX, n. 199. — Cpr. Merlin, *Répert.*, v° *Confession*, n. 3 : Toullier, *loc. cit.* ; Carré, *op. cit.*, I, n. 262 ; Boncenne, *op. cit.*, IV, p. 551 et 552 ; Bonnier, *op. cit.*, n. 356, al. 3, *in fine* (édit. Larnaude, p. 319, *in medio)*; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 177 ; Larombière, VII, p. 254-256 (art. 1356, n. 20) ; Demolombe, XXX, n. 525 ; Huc, VIII, n. 355-1°. — Req., 30 avril 1807, S., 7. 1. 799 ; 19 juin 1839, S., 39. 1. 462, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5141. — Caen, 25 avril 1842, S., 42. 2. 374. — Angers, 15 mars 1865, S., 65. 2. 292. — Cpr. Req., 4 déc. 1872, S., 72. 1. 430. — Trib. civ. Beauvais, 18 juillet 1895, *Gaz. Trib.*, 29 sept. 1895. — Mais, s'il résulte de l'ensemble de l'interrogatoire un aveu sur un fait unique ou sur des faits connexes, cet aveu est indivisible. — Nancy, 9 avril 1870, D. P., 72. 2. 193. — Jugé encore dans le même sens que l'aveu d'une obligation consentie sous certaines conditions qui n'ont pas été exécutées est indivisible quand cet aveu, fait lors d'une comparution personnelle des parties à l'audience, forme un tout unique et complet. — Nancy, 17 juillet 1878, *Rec. des arr. de Nancy*, 1878, p. 309. — Trib. civ. Beauvais, 18 juillet 1895, précité. — Il n'est pas douteux non plus, que, dans un interrogatoire sur faits et articles, les juges ne peuvent pas diviser chaque réponse en elle-même. Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit.* — Req., 19 juin 1839 et Caen, 25 avril 1842, précités. — Enfin le principe de l'indivisibilité de l'aveu n'est pas applicable aux réponses consignées dans un interrogatoire sur faits et articles, lorsque les juges voient dans ces réponses, non une preuve complète du fait contesté, mais simplement un commencement de preuve par écrit de nature à le rendre vraisemblable. — Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 178 ; Laurent, XX, n. 200. — Req., 2 janv. 1872, S., 72. 1. 129, D. P., 72. 1. 119. — Rennes, 26 fév. 1879, S., 80. 2. 214, D. P., 80. 2. 91. — Cpr. Req., 1er déc. 1880, S., 81. 1. 357, D. P., 81. 1. 255. — Bordeaux, 10 fév. 1898, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 98. 1. 259. — Mais voir Civ. cass., 18 mai 1898, D. P., 1904. 1. 199.

(2) Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Confession*, § 2 ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 177 ; Larombière, VII, p. 254 (art. 1356, n. 19) ; Demolombe, XXX, n. 524. — Req., 14 janv. 1824, S. chr., VII. 1. 374, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5128. 5133-1° ; 8 août 1826, S. chr., VIII. 1. 409, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5124-2°, et v° *Dispos. entre vifs et testam.*, n. 326. — Civ. rej., 23 fév. 1835, S., 36. 1. 142. — V. cep. Req., 8 juin 1842, S., 42. 1. 844, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 5118-5°.

N° 2. *Portée du principe de l'indivisibilité de l'aveu.*

2718. Quelle est la portée du principe de l'indivisibilité de l'aveu ? L'objet même de ce principe nous révèle son exacte portée. Le législateur s'est proposé, en le formulant, de maintenir les règles posées par l'art. 1315 sur le rôle des parties en ce qui concerne la charge de la preuve.

Quand il y a aveu qualifié ou que l'aveu complexe est indivisible, celui qui invoque le fait principal est dispensé de la preuve en ce qui concerne ce fait. Mais l'auteur de l'aveu en est également dispensé quant à ses déclarations accessoires et modificatives du fait principal, parce qu'il conserve le rôle de défendeur ; ce serait autrement le dépouiller des avantages qui résultent pour lui de cette position. Son adversaire ne peut pas se borner à les rejeter purement et simplement comme non prouvées, en tant qu'elles ont pour but de modifier les conséquences juridiques du fait principal (1).

2719. Mais pousser plus loin le principe des effets de l'indivisibilité, ce serait le dénaturer. Il ne faut pas interdire à celui qui se prévaut du fait principal le droit de combattre, soit par une présomption légale, celle par exemple de l'art. 911 (2), soit par la preuve contraire, les déclarations accessoires du défendeur. Si on lui refusait ce droit, il serait par trop facile au défendeur de paralyser d'avance les moyens de son adversaire en faisant un aveu partiel, qui ne pourrait pas être modifié dans sa teneur.

La preuve contraire se fera par les mêmes moyens que ceux qui étaient admissibles pour démontrer l'existence du fait principal, et par conséquent au moyen de la preuve testimoniale ou de celle par simples présomptions, si ce fait principal était lui-même susceptible d'être prouvé de cette manière (3).

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 178; Larombière, VII, p. 245 (art. 1356, n. 15, dern. al.).

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 178, texte et note 36; Larombière, VII, p. 257 (art. 1356, n. 22); Demolombe, XXX, n. 531; Laurent, XXX, n. 207. — Req., 15 nov. 1842, S., 43. 1. 204, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5107-7°. — Colmar, 16 janv. 1846, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5136. — Trib. civ. Bazas, 19 mai 1896, *Loi*, 2 juil. 1896.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 178 *in fine* et p. 179, texte et notes 36 et 37 ; Demolombe, XXX, n. 532 ; Laurent, XX, n. 211.

2720. On admet sans difficulté que l'aveu n'est pas indivisible si la déclaration du fait accessoire est, soit évidemment fausse, soit, au moins, extrêmement invraisemblable, ou s'il y a contradiction entre cette déclaration et la reconnaissance du fait principal. Il convient, en effet, que le juge ne tienne pas compte de la partie de l'aveu qui est mensongère ou impossible (1).

2721. Quand l'aveu est obscur ou ambigu, la règle de l'indivisibilité ne s'oppose pas à ce que le juge puisse l'interpréter, car c'est seulement après que le sens de l'aveu a été précisé qu'il y a lieu de se demander s'il est indivisible (2).

Spécialement il n'y a point violation de cette règle dans le cas où les conventions, dont les termes sont établis par l'aveu judiciaire, sont interprétées par les juges du fond autrement que par l'auteur de l'aveu (3).

(1) Bonnier, *op. cit.*, n. 356; Larombière, VII, p. 246-247 (art. 1356, n. 16); Demolombe, XXX, n. 528; Laurent, XX, n. 206; Huc, VIII, n. 355-3°. — Crim. rej., 23 juin 1837, S., 38. 1. 137. — Req., 8 fév. 1864, S., 65. 1. 227, D. P., 64. 1. 486; 22 nov. 1869, S., 70. 1. 339. — Paris, 13 juin 1872, S., 74. 2. 37. — Req., 17 avril 1877, S., 78. 1. 317, D. P., 78. 1. 133; 1er déc. 1880, S., 81. 1. 357, D. P., 81. 1. 255; 5 déc. 1881, S., 82. 1. 55, D. P., 83. 1. 206; 4 janv. 1892, S., 92. 1. 84. D. P., 92. 1. 431. — Bordeaux, 25 mai 1892, D. P., 92. 2. 563. — Riom, 20 fév. 1894, *Rec. Riom*, 95. 243. — Toulouse, 19 janv. 1899, *Loi*, 15 mars 1899. — Trib. civ. Lyon, 24 mars 1899, *Mon. judic. Lyon*, 26 mai 1899. — Trib. civ. Montauban, 4 juill. 1900, *Pand. franç.*, 1902. 2. 277, *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 511. — Trib. paix Paris, 2 avril 1903, *Mon. jud. Lyon*, 9 avril 1903. — Jugé aussi que l'aveu n'est pas indivisible lorsqu'il y a contradiction, non pas entre les diverses déclarations qu'il comprend, mais entre l'une d'elles et des dires émis dans d'autres parties de la procédure par l'auteur de l'aveu. — Req., 12 déc. 1881, S., 82. 1. 196, D. P., 82. 1. 152. — Bordeaux, 18 déc. 1885, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 86. 116. — Req., 3 nov. 1903, S., 1904. 1. 76, D. P., 1904. 1. 111. — V. aussi Amiens, 31 juill. 1895, D. P., 96. 2. 419. — Lyon, 2 janv. 1906, *Mon. jud. Lyon*, 27 juill. 1906. — Mais l'invraisemblance nécessaire pour que l'aveu devienne divisible, doit être telle qu'on puisse l'assimiler à une véritable impossibilité. — Civ. cass., 19 avril 1858, S., 58. 1. 734, D. P., 58. 1. 153. — Grenoble, 12 juin 1901, D. P., 1903. 2. 259.

(2) Marcadé, V, sur les art. 1354 à 1356, II; Bonnier, *loc. cit.*; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 179, al. 2; Larombière, VII, p. 259 (art. 1356, n. 24); Demolombe, XXX, n. 529; Laurent, XX, n. 216; Huc, VIII, n. 355-3° *in fine*. — Bruxelles, 24 mars 1830, *Pasicr.*, 30. 82. — Req., 11 août 1851, S., 51. 1. 742. — Civ. rej., 26 août 1863, S., 63. 1. 502, D. P., 63. 1. 355. — Civ. cass. belge, 11 mars 1870, *Pasicr.*, 70. 1. 187. — Gand, 11 avril 1872, *Pasicr.*, 72. 2. 310. — Req., 14 mars 1883, S., 85. 1. 376, D. P., 84. 1. 24. — Agen, 30 avril 1886, joint à Civ. rej., 26 oct. 1886, S., 87. 1. 153, D. P., 87. 1. 105. — Civ. rej., 3 juill. 1889, S., 92. 1. 379, D. P., 90. 1. 249, *Pand. franç.*, 90. 1. 174.

(3) Req., 29 fév. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 1 604.

2722. Le principe de l'indivisibilité de l'aveu n'est pas davantage applicable quand le fait principal, reconnu par l'une des parties, est établi par l'autre, indépendamment de l'aveu, à l'aide de moyens de preuve légalement admissibles. Alors, en effet, la partie à qui incombe le fardeau de la preuve n'a pas besoin d'invoquer l'aveu; il serait absurde que son adversaire pût, en faisant une déclaration sans profit pour elle, lui enlever le bénéfice de la justification par elle faite (1).

B. *De la rétractation de l'aveu judiciaire.*

2723. La loi permet la rétractation de l'aveu judiciaire dans un cas qu'indique l'art. 1356, al. 4 : « *Il ne peut être* » *révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une*

(1) Bonnier, *loc. cit.;* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 179 *in fine;* Larombière, VII, p. 256-257 (art. 1356, n. 21); Demolombe, XXX, n. 533; Laurent, XX, n. 205; Vigié, II, n. 1757, al. 7. — Req., 20 juin 1826, S. chr., VIII. 1. 366; 21 mai 1838, S., 42. 1. 37, D., *Répert. alph.,* v° *Oblig.,* n. 5107-3°; 22 nov. 1841, S., 42. 1. 181. — Paris, 2 fév. 1842, S., 42. 2. 63. — Req., 18 fév. 1851, S., 51. 1. 353, D. P., 51. 1. 299; 26 fév. 1851, S., 51. 1. 327, D. P., 51. 5. 47, D., *Répert. alph.,* v° *Oblig.,* n. 5107-10°; 7 juill. 1858, S., 59. 1. 76, D. P., 58. 1. 367, D., *Répert. alph.,* v° *Oblig.,* n. 5107-11°. — Civ. cass., 28 déc. 1859, S., 60. 1. 330, D. P., 60. 1. 345. — Req., 18 nov. 1861, S., 62. 1. 38, D. P., 62. 1. 121. — Grenoble, 29 nov. 1861, S., 62. 2. 111, D. P., 65. 5. 35. — Civ. rej., 3 juin 1867, S., 67. 1. 293, D. P., 67. 1. 205. — Req., 5 août 1869, S., 69. 1. 398, D. P., 70. 1. 84; 28 nov. 1871, S., 72. 1. 219, D. P., 72. 1. 18. — Paris, 25 mars 1876, D. P., 77. 2. 9. — Amiens, 28 juill. 1879, S., 80. 2. 207. — Req., 5 déc. 1881, S., 82. 1. 55, D. P., 83. 1. 206; 21 fév. 1882, D. P., 82. 1. 127. — Rouen, 27 janv. 1883, *Gaz. Pal.,* 83. 2, 2e partie, 9. — Trib. civ. Lyon, 25 janv. 1884, *Gaz. Pal.,* 84. 1, *Suppl.,* 150. — Trib. civ. Pontoise, 30 janv. 1884, *Gaz. Pal.,* 84. 1, *Suppl.,* 62. — Trib. civ. Seine, 21 mars 1884, *Gaz. Pal.,* 84. 1. 656. — Req., 4 janvier 1892, S., 92. 1. 84, D. P., 92. 1. 431. — Bordeaux, 25 mai 1892, D. P., 92. 2. 563. — Dijon, 11 juil. 1893, D. P., 94. 2. 13, *Pand. franç.,* 94. 2. 185. — Alger, 6 mai 1896, D. P., 97. 2. 347. — Lyon, 6 fév. 1896, *Mon. Lyon,* 29 oct. 1896. — Paris, 28 déc. 1900, *Gaz. Trib.,* 1901, 2e sem., 2. 487. — Req., 16 janv. 1901, S., 1902. 1. 85. — Besançon, 3 avril 1901, D. P., 1902. 2. 191, *Gaz. Pal.,* 1901. 1. 623. — Civ. cass., 10 déc. 1901, S., 1902. 1. 404, D. P., 1902. 1. 407, *Pand. franç.,* 1902. 1. 178, *Gaz. Pal.,* 1902. 1. 90. — Trib. civ. de Lorient, 11 juil. 1905, D. P., 1906. 2. 83. — Lyon, 2 janv. 1906, précité. — Req., 26 mars 1906, D. P., 1907. 1. 203. — V. aussi Civ. rej., 20 déc. 1899, S., 1900. 1. 413, D. P., 1900. 1. 133, *Pand. franç.,* 1900. 1. 294; 29 déc. 1902, S., 1903. 1. 186, *Gaz. Pal.,* 1903. 1. 101. — V. encore Req., 18 fév. 1873, S., 73. 1. 168, D. P., 73. 1. 135; 11 avril 1877, S., 77. 1. 472, D. P., 77. 1. 343; 10 nov. 1879, S., 81. 1. 146, D. P., 80. 1. 390. — Civ. cass., 21 oct. 1890, D. P., 91. 1. 174. — Ces quatre derniers arrêts formulent ainsi le principe de l'indivisibilité de l'aveu : « L'aveu, *quand il est la seule preuve produite,* ne peut être divisé contre celui qui l'a fait ».

» *erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte* » *d'une erreur de droit* ».

L'aveu est donc en principe irrévocable. Quand on fait une déclaration en justice, on pèse ce que l'on dit et ce que l'on écrit. Mais exceptionnellement il peut être révoqué, lorsqu'il est le résultat d'une *erreur de fait*. Ainsi vous me poursuivez en paiement d'une dette contractée par mon père; je reconnais que mon père a effectivement contracté la dette que vous me réclamez; puis, plus tard, je trouve une quittance dans les papiers de la succession. La loi romaine en donne la raison: celui qui avoue un fait par erreur, n'avoue pas en réalité; *non fatetur qui errat,* mais elle ajoute aussitôt : *nisi jus ignoravit* (1). Pothier faisait la même distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit (2), et elle est reproduite par le Code : l'erreur de droit, à la différence de l'erreur de fait, n'autorise pas la rétractation de l'aveu. En effet, la bonne foi ne permet pas de rétracter un aveu par cette seule raison qu'on n'en a pas connu toutes les conséquences juridiques (3). Par exemple, un héritier légitime avoue avoir accompli sur le patrimoine héréditaire un acte qui constitue un acte d'héritier; c'est en vain qu'il voudrait se rétracter en alléguant qu'il ignorait que son aveu entraînait pour lui l'obligation de payer toutes les dettes de son auteur, même *ultra vires successionis*.

2724. On s'est demandé si l'aveu judiciaire, tant qu'il n'a pas été accepté par l'autre partie, ne peut pas être rétracté purement et simplement. Pour soutenir la solution affirmative, on invoque par analogie l'art. 403 du Code de procédure civile, qui n'attribue d'effet définitif qu'au désistement *accepté,* et aussi l'art. 1211, al. 3, du Code civil, d'après lequel la renonciation tacite à la solidarité peut être rétractée tant qu'elle n'est pas acceptée ou réputée telle. Or, dit-on, il en doit être de même de l'aveu, qui constitue aussi une renonciation à un droit.

(1) L. 2, D., *De confessis,* XLII, 2. — V. application dans Cass., 13 fév. 1905, *Pand. franç.*, 1905. 1. 303.

(2) *Oblig.*, n. 834.

(3) Cpr. art. 2052.

Nous admettons sans doute que la prudence conseille, pour éviter toute discussion sur l'existence ou la teneur d'un aveu verbal, d'en demander acte au juge devant lequel il est proféré; et telle est aussi l'habitude des praticiens. Mais il ne résulte pas, à notre avis, des dispositions précitées la nécessité d'une acceptation de l'aveu judiciaire. Elles ont trait en effet à des renonciations conventionnelles à un droit, tandis que l'aveu n'est au fond qu'une simple reconnaissance d'un fait. C'est un acte purement unilatéral; ce n'est pas une pollicitation. Si la force probante qui s'y attache est très grande, puisqu'il émane de la partie intéressée à contester le fait avoué, il la tire de lui-même et de lui seul, quand il est complet et sérieux; dès lors, qu'importe à cet égard l'acceptation de celui au profit duquel il est fait? Cependant, si on voulait déduire d'un aveu, non pas la simple preuve du fait avoué, mais une renonciation conventionnelle à un droit, alors reparaîtrait la règle, qui permet de rétracter une renonciation de ce genre lorsqu'elle n'est pas acceptée [1].

II. *De l'aveu extrajudiciaire.*

2725. Le Code ne parle de l'aveu extrajudiciaire que pour trancher une question de preuve. Art. 1355. D'après la plupart des auteurs, il faut conclure de ce silence que la loi, tout en admettant la force probante de cet aveu, a voulu en abandonner l'appréciation aux tribunaux. Il se produit, en

[1] *Sic* Marcadé, V, sur les art. 1354 à 1356, II; Massé, *Dr. comm.*, IV, n. 2586; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 537, § 605, note 9; Duvergier sur Toullier, X, n. 290, note *a;* Solon sur Gabriel, *Essai sur les preuves,* n. 128; Colmet de Santerre, V, n. 335 *bis*-I; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 172; Larombière, VII, p. 263-266 (art. 1356, n. 30); Demolombe, XXX, n. 536; Laurent, XX, n. 168; Huc, VIII, n. 351; Vigié, II, n. 1758; Garsonnet, *Tr. théor. et prat. de proc. civ.*, II, 1re éd., p. 300, § 270, texte et note 9, 2e éd., p. 481, n. 693, texte et note 19. — Req., 7 juil. 1858, S., 59. 1. 76, D. P., 58. 1. 367. — *Contra* Pothier, *Oblig.*, n. 830; Nouveau Denizart, *Collect. de décis. nouvelles,* v° *Aveu,* II, p. 634; Merlin, *Rép.*, v° *Preuve,* sect. II, § 1, n. 6; Toullier, X, n. 285 s.; Taulier, IV, p. 363; Rauter, n. 133; Poujol, *op. cit.*, III, p. 303-304 (sur les art. 1354-1356, n. 14 et 15). — Bruxelles, 30 mai 1823, S. chr., VII. 2. 223, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5144-1°. — Colmar, 21 avril 1828, S. chr., IX. 2. 69, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5144-2°. — Req., 9 juin 1863, S., 65. 1. 184, D. P., 64. 1. 483; 12 avril 1869, S., 69. 1. 338, D. P., 72. 1. 31. — Orléans, 22 janv. 1880, S., 82. 2. 57. — Aix, 28 nov. 1888, S., 89. 2. 145 (note de M. Naquet).

effet, dit-on, dans des circonstances moins solennelles, et présente par suite moins de garanties (1).

De ce principe, on déduit les différences suivantes entre les deux sortes d'aveu :

1° L'aveu judiciaire fait pleine foi en justice, en ce sens que celui qui s'en prévaut n'a pas besoin de rapporter d'autre preuve du fait avoué et que les juges sont légalement obligés de tenir ce fait pour constant. Au contraire, les tribunaux ont la faculté d'admettre ou de rejeter, suivant les cas, la preuve résultant de l'aveu extrajudiciaire (2).

On estime, d'ailleurs, que celui-ci peut, même lorsqu'il est simplement verbal, faire pleine foi (3).

2° L'aveu judiciaire est indivisible. L'aveu extrajudiciaire l'est aussi en principe; mais l'indivisibilité ne constitue pas pour lui une règle légale, et, par suite, les juges sont libres de ne pas s'y conformer (4).

3° Enfin les tribunaux peuvent admettre la rétractation de l'aveu extrajudiciaire indépendamment d'une erreur de fait (5).

(1) Duranton, XIII, n. 540; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 180, texte et note 41; Demolombe, XXX, n. 544. — V. aussi Req., 25 janv. 1893, S., 93. 1. 244.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 180; Larombière, VII, p. 228 (art. 1355, n. 6); Demolombe, XXX, n. 548; Garsonnet, *op. cit.*, II, 1re édit., p. 335, § 281, 2e édit., p. 517, § 720. — Alger, 2 avril 1904, D. P., 1905. 2. 385. — V. cep. Laurent, XX, n. 219. — Cass., 10 juill. 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 466.

(3) Demolombe, XXX, n. 549.

(4) Toullier, X, n. 340; Massé, *Dr. comm.*, IV, n. 2593; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, XXX, n. 554; Garsonnet, *loc. cit.*; Arntz, III, n. 431; Thiry, III, n. 180 *in fine*; p. 207. — Bordeaux, 28 août 1826, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5160-2°. — Req., 10 déc. 1839, S., 40. 1. 467, D., *op.* et v° *cit.*, p. 5160-3°. — Limoges, 20 mars 1848, S., 48. 2. 736, D. P., 49. 2. 219. — Paris, 19 nov. 1904, *Gaz. Trib.*, 1905, 2e semestre, 1. 149. — Cpr. Larombière, VII, p. 258 (art. 1356, n. 23). — V. cependant Laurent, XX, n. 221; Huc, VIII, n. 347 dern. al. — C. cass. Belgique, 28 janv. 1824, *Pasicr.*, 1824, p. 24. — Bordeaux, 17 fév. 1826, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1826, p. 124. — Paris, 14 juin 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 317. — Cass., 15 mai 1897, *Rec. Rouen*, 98. 1. 234. — V. aussi Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Confession*, § 4; Delamarre et Lepoitvin, I, n. 380. — Jugé que si l'aveu extrajudiciaire n'est pas nécessairement indivisible, il ne doit pas, du moins, être arbitrairement divisé contre son auteur; qu'il ne peut l'être que si les déclarations accessoires dont il est accompagné paraissent entachées de contradiction et de mensonges. Grenoble, 12 juin 1901, D. P., 1903. 2. 259.

(5) Massé, *op. cit.*, IV, n. 2591; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Larombière, VII, p. 266 (art. 1356, n. 31); Demolombe, XXX, n. 555; Garsonnet, *loc. cit.*; Arntz, Thiry,

Ainsi, d'après la majeure partie de la doctrine, quelle que soit la décision des juges du fond sur l'un de ces trois points, elle ne saurait être déférée à la cour suprême (1).

Bien que cette opinion soit défendue par des auteurs considérables, nous ne saurions y adhérer. Les règles qui gouvernent l'aveu judiciaire, « étant — comme le reconnaissent Aubry et Rau — puisées dans la nature même des choses, sont, au point de vue de la raison, communes à l'aveu extrajudiciaire, à supposer d'ailleurs qu'il réunisse les conditions qui sont de l'essence de l'aveu » (2). Sans doute, lorsqu'un plaideur se prévaut d'un aveu extrajudiciaire, les juges doivent nécessairement se demander s'il y a eu véritablement aveu. Il n'en est point de même quand l'une des parties oppose à l'autre un aveu judiciaire. Mais, si les juges estiment que l'aveu extrajudiciaire est sérieux, celui-ci doit faire preuve complète, il est indivisible, enfin on ne peut le rétracter que pour une erreur de fait.

Nous disons d'abord qu'il doit faire preuve complète : en effet, l'aveu, qu'il soit judiciaire ou extrajudiciaire, est la reconnaissance d'un fait par la personne qui a intérêt à le nier; or, il n'y a pas de raison pour qu'une pareille déclaration, faite hors d'une instance, n'ait pas la même force probante que lorsqu'elle est faite en la présence des juges.

Nous ajoutons que l'aveu extrajudiciaire est indivisible. Il résulte de nos précédentes explications que l'indivisibilité est de la nature de l'aveu. Si le législateur ne la mentionne qu'à propos de l'aveu judiciaire, cela tient à ce que cet aveu, à raison des conditions dans lesquelles il se produit, est toujours sérieux, tandis que l'aveu extrajudiciaire peut ne pas présenter ce caractère.

Enfin, disons-nous, l'aveu extrajudiciaire, comme l'aveu judiciaire, ne peut être rétracté que pour une erreur de fait.

loc. cit. — V. aussi Paris, 18 nov. 1867, D. P., 67. 2. 210. — Alger, 2 avril 1904, et Paris, 19 nov. 1905, précités. — V. cependant Laurent, XX, n. 220; Huc, *loc. cit.* — Bruxelles, 29 janv. 1825, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 5164-2° et v° *Exploit*, n. 39-2°.

(1) Mourlon, II, n. 1645; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 180, texte et note 42; Arntz, Thiry, *loc. cit.*

(2) 4e édit., VIII, p. 180. — V. aussi Demolombe, XXX, n. 544.

Quand il est sérieux, l'adversaire de la partie dont il émane a le droit de l'invoquer; or, sur quoi se fonderait-on pour prétendre qu'on peut lui enlever ce droit ? La jurisprudence considère l'aveu extrajudiciaire comme irrévocable quand il a été fait par écrit (1). Mais cette circonstance ne saurait influer sur la force probante de l'aveu.

En résumé, l'aveu extrajudiciaire doit, au point de vue juridique, être assimilé à l'aveu judiciaire (2). Ce système a été expressément admis par le législateur italien de 1865 (3).

2726. Le législateur s'est occupé de la preuve de l'aveu extrajudiciaire purement oral, et il a écrit à ce sujet la disposition de l'art. 1355 : « *L'allégation d'un aveu extrajudiciaire* » *purement verbal est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une* » *demande dont la preuve testimoniale ne serait point admis-* » *sible* ».

C'est une conséquence des principes qui régissent la preuve testimoniale. Les précautions de la loi seraient illusoires, si celui auquel elle défend de faire entendre des témoins pour prouver un fait, pouvait invoquer cette preuve pour démontrer que ce fait a été avoué par son adversaire (4). Ce serait, en réalité, comme disait Pothier, l'*admettre indirectement* à la *preuve testimoniale* (5).

Mais, ainsi qu'il résulte de l'art. 1355, toutes les fois que le fait avoué peut être prouvé par des témoignages, il est permis de recourir à ce mode de preuve pour établir l'existence de l'aveu (6). Il en est donc ainsi lorsque l'objet de la convention ou de la disposition n'excède pas 150 fr., lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, lorsqu'il s'agit

(1) Req., 17 mai 1808, S. chr., II. 1. 529, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5161.

(2) Poujol, *op. cit.*, III, p. 391 et 399 (art. 1354 à 1356, n. 10-20 *in fine* et 21); Laurent, XX, n. 219-221; Huc, VIII, n. 347, p. 447-448; Planiol, II, 1re éd., n. 34, 2e et 3e éd., n. 30. — Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 332 *bis*-III.

(3) Art. 1358 et 1360 (traduc. Orsier, p. 289-290). — V. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, I, n. 400 (4e édit., p. 482).

(4) Duranton, XIII, n. 536; Marcadé, V, sur les art. 1354 à 1356, III, al. 2; Colmet de Santerre, V, n. 332 *bis*-I; Larombière, VII, p. 225 (art. 1355, n. 3); Demolombe, XXX, n. 543; Laurent, XX, n. 217, al. 2; Thiry, III, n. 180, al. 3.

(5) *Oblig.*, n. 836 *in fine*.

(6) Duranton, XIII, n. 537; Larombière, VII, p. 225 (art. 1355, n. 2, al. 3); Laurent, XX, n. 217.

de matières commerciales (1) ou d'un cas non compris dans la règle de l'art. 1341.

L'art. 1355 s'oppose d'ailleurs simplement à ce que l'aveu extrajudiciaire purement oral puisse être établi par témoins lorsque le fait qu'on prétend avoir été avoué, ne saurait être prouvé de cette façon. Il ne fait point obstacle à ce que cet aveu soit établi par un autre mode de preuve, notamment par le serment.

SECTION V

DU SERMENT

2727. Le serment est un acte à la fois civil et religieux, par lequel une personne prend Dieu à témoin de la vérité d'un fait. C'est plus qu'une affirmation; il contient essentiellement une invocation à la divinité; il constitue un appel, non seulement à la conscience, mais encore aux croyances religieuses de celui à qui il est demandé (2).

Le premier projet de Cambacérès supprimait le serment. Il disait : « Le serment judiciaire n'est point admis » (3). Le deuxième et le troisième projets maintenaient cette suppression (4), mais celui de l'an VIII rétablit le serment sous le nom d'*affirmation judiciaire* (5), et, en dernier lieu, le Conseil d'Etat substitua l'expression de *serment* au mot *affirmation* (6).

(1) Req., 10 déc. 1884, *Gaz. Pal.*, 85. 1. 11.

(2) Toullier, X, n. 343; Duranton, XIII, n. 565; Marcadé, V, sur l'art. 1357, I; Colmet de Santerre, V, n. 336 *bis*-I; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 181, texte et note 1; Demolombe, XXX, n. 558; Arntz, III, n. 432; Thiry, III, n. 181.

(3) Liv. III, tit. I, art. 65 (part. 4, § 4), Fenet, I, p. 73.

(4) 2e projet, art. 185, dern. al., Fenet, I, p. 127. — 3e projet, art. 813, Fenet, I, p. 289.

(5) Liv. III, tit. III, sect. V, *De l'affirmation judiciaire* (art. 246), Fenet, XIII, p. 44, Locré, XII, p. 129.

(6) On lit dans le procès-verbal de la séance du 2 frimaire an XII (24 nov. 1803) : « M. Miot pense qu'il serait convenable de substituer à l'expression *affirmation judiciaire* le mot *serment*, qui est plus respectable et que déjà l'on a employé dans d'autres articles. — M. Regnaud (de Saint-Jean d'Angély) dit qu'en effet, dans l'usage, les mots *fausse affirmation* et les mots *faux serment* ne présentent pas la même idée. — Le Conseil arrête que la section V sera intitulée : *Du serment* ». Fenet. XIII, p. 120; Locré, XII, p. 223, n. 38.

Aujourd'hui, la suppression du serment compte encore des partisans [1]. Les Chambres ont été saisies de diverses propositions tendant à modifier la formule du serment [2]. En fait de disposition générale, c'est-à-dire devant s'appliquer dans toute espèce d'instance, et non pas seulement aux serments des jurés et chefs de jury, nous nous bornerons à mentionner celle de l'art. 33 de l'avant-projet de loi de séparation des églises et de l'Etat rédigée par M. Briand. Cette disposition, qui renferme une formule *laïque* de serment, est ainsi conçue : « La formule du serment judiciaire est libre. Nul ne peut être tenu de prêter serment sur un emblème philosophique ou religieux, ou dans des termes susceptibles de porter atteinte à la liberté de conscience » [3]. Mais ce texte n'a pas trouvé place dans la loi du 9 décembre 1905 [4].

2728. Le serment est judiciaire ou extrajudiciaire, suivant qu'il intervient dans le cours d'une instance ou en dehors de toute instance. La loi ne s'occupe que du serment judiciaire.

Déterminons cependant le caractère et les effets du serment extrajudiciaire. Ce serment est le *jusjurandum voluntarium* des Romains [5]. Il est volontaire, en effet, puisque la personne à laquelle il est déféré n'est, en principe, nullement tenue d'accéder à la proposition qui lui est faite ; elle n'est obligée de le prêter que si elle en a pris l'engagement.

Le Code civil n'a tracé nulle part les règles du serment extrajudiciaire, et cela par la raison que ce serment ne se distingue pas d'une convention ordinaire. Mais l'art. 55 du Code de procédure civile en offre un exemple remarquable. Il s'agit du serment déféré à l'une des parties par l'autre

(1) V. Charles Carpentier, *Etudes de législation comparée, Du serment ;* Berriat-Saint-Prix, *Réflexions et recherches sur le serment judiciaire, Rec. de l'Acad. de législ. de Toulouse,* 1873, p. 512 ; Laurent, XX, n. 222-225.

(2) V. pour l'énumération et l'analyse de ces propositions, le rapport de M. Briand, publié sous ce titre : *La séparation des églises et de l'Etat* (Paris, Cornély, éditeur, p. 224-231).

(3) V. Briand, *op. cit.*, p. 241.

(4) V. pour la critique de ces propositions, Beudant, *op. cit.*, n. 1068-1073. — V. aussi Duguit, *Man. de dr. constitutionnel* (Paris, Fontémoing, 1907), p. 600.

(5) V. notamment Lib. 1 et 17, D. *De jurejur. sive voluntario, sive necessario, sive judiciario,* XII, II.

pendant le préliminaire de conciliation; c'est bien un serment extrajudiciaire, puisque l'instance n'est pas encore engagée (1).

Cette solution conduit aux deux conséquences suivantes : — 1° l'art. 1361 n'est pas applicable au refus de prêter serment devant le juge de paix siégeant comme conciliateur; ce n'est pas autre chose qu'un refus de conciliation; 2° la partie qui a refusé un tel serment est toujours admise, quand, plus tard, il lui est déféré judiciairement, à le prêter devant le tribunal saisi de la contestation (2).

Mais il n'en est pas moins vrai que le serment extrajudiciaire peut constituer un mode de preuve. Ce serment, sauf convention contraire, a pour effet de trancher le différend comme s'il était prêté dans une instance, et l'on peut dire, en conséquence, qu'il est, lui aussi, *décisoire*. En d'autres termes, quand les parties conviennent que l'une d'elles renoncera à sa prétention si l'autre prête serment sur certains faits, le serment extrajudiciaire fait foi en faveur de celle qui le prête ou contre celle qui le refuse. Les juges, à qui les parties soumettraient ensuite la contestation, auraient simplement à constater la situation créée par l'exécution de la convention relative au serment (3).

Notons que la partie qui s'est engagée à prêter le serment extrajudiciaire ne pourrait pas s'en dispenser en le référant à l'autre partie (4). Cette faculté aurait pu, sans doute, lui être réservée par une clause expresse, mais, dans le silence

(1) Cpr. *supra*, n. 2704.

(2) Toullier, X, n. 363; Pigeau, *Comment.*, sur l'art. 55, n. 3; Favard, *Répert.*, v° *Conciliation*, § 5, n. 12; Carré et Chauveau, *Lois de la procéd. civ.*, I, quest. 239; Rodière, *Compét. et procéd.*, I, p. 255; Bonnier, *op. cit.*, n. 415; Fréminville, *De la minorité*, II, n. 774 et 775; Zachariæ, § 768, note 21; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 182, texte et note 4; Larombière, VII, p. 321-323 (art. 1360, n. 11 et 12); Demolombe, XXX, n. 572-573; Laurent, XX, n. 228; Huc, VIII, n. 357. — Civ. rej., 17 juil. 1810, S. chr., III. 1. 214, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5183, et v° *Conciliation*, n. 346. — Douai, 5 janv. 1854, S., 54. 2. 125, D. P., 54. 2. 135. — V. en sens contraire Duranton, XIII, n. 569.

(3) Duranton, XIII, n. 568; Larombière, VII, p. 286 (art. 1358, n. 2); Demolombe, XXX, n. 567.

(4) « *Jusjurandum quod ex conventione extra judicium defertur, referri non potest* », Paul, L. 17 *princ.*, D., *De jurejurando, etc.*, XII, II.

de la convention, la relation du serment doit être considérée comme contraire à celle-ci [1].

2728 I. Si la partie à laquelle le serment extrajudiciaire a été déféré refuse de le prêter devant les personnes convenues, l'autre est fondée à demander à la justice qu'elle soit condamnée faute par elle d'avoir prêté le serment dans les termes du contrat, et la partie assignée ne saurait échapper à la condamnation en offrant de le prêter devant le tribunal [2].

Mais, dans le cas où les personnes désignées pour recevoir le serment extrajudiciaire ne consentent pas à s'acquitter de cette mission, la partie qui a déféré le serment n'a pas le droit d'assigner l'autre en justice et de conclure à ce qu'elle prête serment ou soit condamnée [3].

Cependant il faudrait donner la solution contraire si les parties avaient entendu que le tribunal pût, le cas échéant, être substitué aux personnes convenues [4].

Dans ce dernier cas, d'ailleurs, le serment, quoique devant être prêté devant des juges, ne deviendrait judiciaire que par la forme, et, par suite, comme tout serment extrajudiciaire, il ne pourrait pas être référé [5].

Lorsque la convention de prestation de serment est contestée, les juges ont à se prononcer sur son existence, et, pour le faire, ils doivent suivre les règles qui sont de droit commun pour la preuve des obligations [6].

2729. Aux termes de l'art. 1357 : « *Le serment judiciaire* » *est de deux espèces :— 1° Celui qu'une partie défère à l'autre* » *pour en faire dépendre le jugement de la cause : il est* » *appelé* décisoire; — *2° Celui qui est déféré d'office par le* » *juge à l'une ou à l'autre des parties* ». On appelle ce dernier, dans le langage de la doctrine, serment *supplétif* ou *supplétoire*.

(1) Larombière, VII, p. 287 (art. 1358, n. 2, al. 4); Demolombe, XXX, n. 566.
(2) Larombière, VII, p. 287 (art. 1358, n. 3); Demolombe, XXX, n. 568.
(3) Larombière, VII, p. 288 (art. 1358, n. 3, al. 2); Demolombe, XXX, n. 569.
(4) Larombière, Demolombe, *loc. cit.*
(5) Larombière, VII, p. 288 (art. 1358, n. 3, al. 3); Demolombe, XXX, n. 569 *in fine*.
(6) Larombière, VII, p. 287 (art. 1358, n. 2 *in fine*); Demolombe, XXX, n. 565.

Il n'existe pas, dans notre législation actuelle, d'autre serment judiciaire. Le Code de procédure n'a pas maintenu celui que, dans notre ancien droit, la partie interrogée sur faits et articles devait, préalablement à l'interrogatoire, prêter devant le juge. Ordonnance de 1667, titre X [1]. Ce serment mettait la partie dans l'alternative de commettre un parjure ou de sacrifier ses intérêts et paralysait ainsi ses moyens de défense. C'est pour cette raison qu'il a été supprimé.

Le serment décisoire et le serment supplétif vont faire chacun l'objet d'une étude spéciale.

§ I. *Du serment décisoire.*

2730. Le texte que nous venons de transcrire définit le serment décisoire, appelé aussi *litis-décisoire :* celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement d'une contestation. Il a pour but et pour effet de trancher un différend, *maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio;* et il se rapproche ainsi de la transaction. Art. 2044 [2]. *Jusjurandum speciem transactionis continet,* dit la loi 2, D., *De jurej.*, XII, 2.

Mais il ne faut pas exagérer cette analogie. Le serment décisoire n'est qu'une *espèce* de transaction, dit la loi précitée, et, en effet, il diffère de la transaction sous deux points de vue essentiels. D'abord celle-ci, étant un contrat, est purement volontaire de la part des deux parties. Le mécanisme du serment décisoire est exclusif, au contraire, de la liberté de la partie à laquelle il est déféré : cette partie est mise, par le seul fait de cette délation, dans la nécessité, pour ne pas perdre son procès, de prêter le serment ou de le référer à son adversaire. C'est pour cela qu'à Rome ce serment était appelé *jusjurandum necessarium*. D'autre part, la transaction

[1] V. Pothier, *Oblig.*, n. 920-921.

[2] Marcadé, V, sur les art. 1358 à 1360, I, al. 5; Poujol, *op. cit.*, III, p. 410, sur les art. 1357 à 1362, n. 9; Colmet de Santerre, V, n. 337 *bis*-I; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 184; Larombière, VII, p. 289-290 (art. 1358, n. 5); Demolombe, XXX, n. 580; Laurent, XX, n. 230; Arntz, III, n. 434; Vigié, II, n. 1671; Huc, VIII, n. 357 *bis;* Thiry, III, n. 183; Planiol, II, n. 2306.

suppose que les parties se font des concessions réciproques; cet élément fait absolument défaut dans l'institution du serment : la partie qui l'a déféré succombe dans toute sa prétention si son offre est acceptée, ou obtient complètement gain de cause si elle est repoussée (1).

Il résulte de la définition du serment décisoire qu'il ne peut être déféré que par l'une des parties à l'autre. Il ne peut donc pas l'être à un tiers qui ne figure pas comme partie dans la cause. Cette remarque s'applique soit au mari qui n'est dans l'instance que pour autoriser sa femme (2), soit à la personne qui ne fait qu'assister l'un des plaideurs comme conseil judiciaire (3).

L'acte de serment est complexe; il donne naissance à plusieurs faits généraux que nous étudierons successivement dans l'ordre où ils se produisent. Le serment décisoire est d'abord déféré; la délation est donc le premier fait qui s'offre à notre étude.

I. *De la délation du serment décisoire.*

A. *Caractère juridique.*

2731. La délation du serment litis-décisoire constitue une offre de renonciation conditionnelle à la demande ou à la défense (4).

α. — C'est une *offre* de la part de celui qui le défère. Il peut donc la rétracter tant qu'elle n'a pas été acceptée par l'adversaire. Le jugement lui-même qui donne acte de la délation, ne met aucun obstacle à cette rétractation, si la par-

(1) Huc, Planiol, *loc. cit.;* Laurent, XX, n. 231.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 184; Larombière, VII, p. 303 (art. 1359, n. 5, al. 2); Demolombe, XXX, n. 587; Laurent, XX, n. 238. — Angers, 28 janv. 1825, S. chr., VIII. 2. 16, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5230-4°. — Il a été jugé, toutefois, que le serment *supplétif* peut être déféré au mari qui ne figure dans l'instance que pour autoriser sa femme, lorsque le fait sur lequel porte le serment est personnel au mari. Civ. rej., 10 mai 1842, S., 42. 1. 635, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5303-1°. — Mais il a été décidé que le juge ne peut pas déférer le serment *supplétif* à la femme de l'une des parties, alors que cette femme n'est pas en cause. Chambéry, 14 juill. 1866, S., 67. 2. 149, D. P., 66. 2. 207.

(3) Larombière, *loc. cit.;* Demolombe, XXX, n. 588.

(4) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 184; Larombière, VII, p. 289-290 (art. 1358, n. 5); Demolombe, XXX, n. 580; Laurent, XX, n. 230.

tie à laquelle le serment a été déféré n'a pas déclaré consentir à le prêter. Mais, dès qu'elle a manifesté cette intention, la convention est formée, et l'auteur de la délation ne peut plus retirer son offre : « *La partie qui a déféré ou référé le* » *serment, ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a* » *déclaré qu'il est prêt à faire ce serment* ». Art. 1364.

2731 I. β. — Le serment est une offre de *renonciation conditionnelle* à la demande ou à l'exception. En effet, la partie qui défère le serment n'entend renoncer à sa demande ou à son exception que sous la condition rigoureusement accomplie que son adversaire le prêtera. Le demandeur dit implicitement, mais nécessairement : « Je renonce à vous poursuivre, si vous jurez que vous ne m'avez pas emprunté telle somme, ou que vous me l'avez payée » ; et, si c'est le défendeur : « Je renonce à me défendre, si vous jurez que vous m'avez prêté la somme que vous me réclamez ».

Par conséquent la simple déclaration, émanée de l'adversaire, qu'il est prêt à faire le serment déféré, n'équivaut pas à sa prestation ; si la mort le frappe avant qu'il ait pu le prêter, la condition, à laquelle était subordonnée la renonciation, ne s'est pas réalisée, et les droits de l'autre partie demeurent intacts (1).

B. *Conditions de validité de la délation du serment.*

2732. Ces conditions de validité sont relatives à la capacité des parties litigantes, à l'objet de la contestation, à la nature du fait sur lequel porte la délation, enfin à la juridiction devant laquelle celle-ci peut avoir lieu et au temps où elle intervient.

N° 1. *Capacité des parties.*

2733. La loi ne trace pas la règle de capacité applicable en matière de serment ; mais les principes suffisent pour la déterminer. La délation du serment est plus qu'un acte de disposition, puisque le dépouillement qui en résulte n'est compensé

(1) Bonnier, *op. cit.*, n. 425 ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 195 ; Larombière, VII, p. 346 *in fine* (art. 1364, n. 7) ; Demolombe, XXX, n. 639-641 ; Laurent, XX, n. 271. — Caen, 26 janv. 1846, S., 46. 2. 499.

par aucun équivalent, pas même par le devoir de reconnaissance qui incombe à un donataire. C'est, avons-nous dit, une sorte de transaction, et même une transaction plus dangereuse que la transaction ordinaire. Car, si celui qui transige passe condamnation sur quelques-unes de ses prétentions, il s'assure par ce moyen le bénéfice des autres; tandis que celui qui défère le serment consent le sacrifice complet de ses droits; il fait plus que transiger, il renonce à sa demande ou à son exception, sous la seule condition que le serment sera prêté. De là, on doit conclure que, pour pouvoir déférer le serment décisoire en son nom personnel, il faut avoir la *capacité* de transiger, et que, pour pouvoir le déférer au nom d'autrui, il faut avoir le *pouvoir* de transiger pour la personne au nom de laquelle on agit. La capacité ou le pouvoir d'aliéner ne suffirait pas (1).

Celui à qui le serment est déféré doit aussi avoir la capacité de transiger, suivant l'opinion qui paraît la plus plausible (2).

2734. Voici quelques-unes des conséquences qui découlent de ce principe :

1° Le tuteur ne peut déférer le serment au nom du mineur, même dans les procès qui portent sur des actes d'administration pure et simple, qu'en remplissant les formalités prescrites par l'art. 467 pour la transaction (3);

2° L'observation des mêmes formalités s'impose au mineur émancipé, qui veut déférer le serment, même sur des droits dont il a la libre disposition. La transaction a en elle-même trop de gravité pour qu'on puisse la considérer comme un acte de pure administration (4);

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 184; Larombière, VII, p. 300 (art. 1359, n. 1); Demolombe, XXX, n. 583; Laurent, XX, n. 234; Arntz, III, n. 440; Huc, V, n. 357 *in fine*; Thiry, III, n. 183, p. 208 *in fine*.

(2) Larombière, VII, p. 303 (art. 1359, n. 5, dern. al.); Laurent, XX, n. 240; Arntz, *loc. cit.*; Huc, VIII, n. 358; Thiry, *loc. cit.*; Labbé, *Note* sous Toulouse, 25 mai 1885, S., 89. 2. 41. — Cpr. Pothier, *Oblig.*, n. 915 (édit. Dupin, I, p. 529).

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 184 *in fine*, et p. 185, texte et note 4; Larombière, VII, p. 301 (art. 1359 n. 3); Demolombe, XXX, n. 585; Laurent, XX, n. 237; Arntz, *loc. cit.*; Huc, VIII, n. 258-1°. — V. cependant en sens contraire, Duranton, XIII, n. 582.

(4) Laurent, XX, n. 235; Huc, VIII, n. 358-2°. — V. cep. Toullier, X, n. 375;

3° Les mandataires ne peuvent déférer le serment qu'avec un pouvoir exprès du mandant, même lorsque le mandat est conçu en termes généraux, bien que, dans ce cas, il emporte le droit d'administrer. Art. 1988. Il en est ainsi notamment des avoués. Art. 352 C. pr. (1);

4° Le serment décisoire ne peut être déféré par le maire, représentant une commune, que dans les conditions et sous les formes spéciales où la commune peut transiger (2).

5° Les syndics d'une faillite doivent, pour déférer un serment comme pour transiger, se conformer à l'art. 487 du Code de commerce, par conséquent obtenir l'autorisation du juge-commissaire (3);

6° Le serment ne peut pas être déféré à celui qui ne plaide pas en son nom personnel et qui ne fait que représenter l'une des parties dans l'instance (4);

7° Si celui à qui le serment a été déféré devient, avant de l'avoir prêté, incapable de transiger, par exemple s'il est pourvu d'un conseil judiciaire, la délation du serment est non avenue (5).

N° 2. *Objet de la contestation.*

2735. Aux termes de l'art. 1358 : « *Le serment décisoire* » *peut être déféré sur quelque contestation que ce soit* ». On voit que ce texte pose une règle générale. Ainsi, au point de

Duranton, XIII, n. 585; Larombière, VII, p. 300 (art. 1359, n. 1); Demolombe, XXX, n. 583.

(1) Toullier, *loc. cit.*: Duranton, XIII, n. 587; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 185; Larombière, VII, p. 300 (art. 1359, n. 2); Demolombe, XXX, n. 584; Laurent, XX, n. 236; Huc, VIII, n. 358-3°. — Grenoble, 23 fév. 1827, S. chr., VIII. 2. 338. — Bordeaux, 30 juill. 1829, S. chr., IX. 2. 310. — Req., 27 avril 1831, S., 31. 1. 194, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5228, 5214-2°. — Rouen, 14 juin 1834, D., *ibid.*; 21 février 1842, S., 42. 2. 262, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 5228, *Interdiction*, n. 114. — Nîmes, 12 janv. 1848, S., 48. 2. 393, D. P., 49. 5. 112. — Rennes, 6 août 1849, S., 51. 2. 731, D. P., 51. 2. 136.

(2) Trib. civ. de Brignoles, 17 déc. 1879, S., 82. 2. 97, D. P., 80. 2. 249.

(3) Marcadé, sur l'art. 1358, I; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 184; Larombière, VII, p. 300 (art. 1359, n. 2); Demolombe, XXX, n. 584; Huc, VIII, n. 358-4°. — Paris, 20 fév. 1844, S., 44. 2. 638. — Rennes, 29 mai 1858, S., 59. 2. 216.

(4) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 185 *in fine*; Larombière, VII, p. 303 (art. 1359, n. 5, dern. al.); Demolombe, XXX, n. 589; Laurent, XX, n. 239.

(5) Toulouse, 25 mai 1885, S., 89. 2. 41. — *Sic* Huc, VIII, n. 358-5°. — Cpr. Paris, 15 avril 1893, joint à Civ. cass., 13 nov. 1895, S., 97. 1. 262.

vue de la délation du serment décisoire, nous n'avons pas à distinguer entre les matières réelles et les matières personnelles.

D'autre part, les deux limitations que l'article 1341 apporte à la preuve testimoniale sont étrangères à ce serment. Il peut être déféré même quand la chose, objet du litige, excède 150 francs, comme aussi contre et outre le contenu aux actes, ou sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes. Nous reviendrons sur ce dernier point (1).

2735 I. A raison des termes généraux de l'article 1358, on serait tenté de dire que le serment litis-décisoire peut être déféré dans toutes les contestations civiles, quelle que soit leur nature. Mais on est forcément amené par les principes à reconnaître la nécessité de certaines exceptions.

α. On ne peut pas d'abord déférer le serment, lorsque la contestation porte sur des droits qui ne sont pas susceptibles de former l'objet d'une renonciation ou d'une transaction (2). Notamment il n'est pas permis d'invoquer ce moyen dans un procès relatif à l'état des personnes, par exemple en matière de paternité ou de filiation (3), de nullité de mariage, de divorce ou de séparation de corps (4), ni en matière électorale, à l'effet d'établir si des citoyens remplissent les conditions nécessaires pour réclamer leur inscription sur les listes électorales d'une commune (5).

β. En second lieu, le serment ne peut pas être déféré, quand il tend à renverser une présomption *juris et de jure* établie dans une vue d'intérêt public (arg. art. 6), telle que l'autorité de la chose jugée ou la prescription trentenaire. Mais il faut décider le contraire quand il s'agit d'une pré-

(1) V. *infra*, n. 2742.

(2) Marcadé, V, sur les art. 1358 à 1360, I, al. 5; Mourlon, II, n. 1649; Bonnier, *op. cit.*, n. 410; Colmet de Santerre, V, n. 337 *bis*-II; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 187; Demolombe, XXX, n. 599; Laurent, XX, n. 245; Arntz, III, n. 436; Huc, VIII, n. 359.

(3) Req., 23 nov. 1885 (recherche de la maternité), S., 86. 1. 179, D. P., 86. 1. 55.

(4) Grenoble, 19 juill. 1838 (séparation de corps), S., 39. 2. 415, D., *Rép. alph.*, v° *Séparation de corps*, n. 262. — *Sic* Toullier, X, n. 378; Duranton, XIII, n. 574, et les auteurs indiqués ci-dessus note 2.

(5) Civ. cass., 30 avril 1885, S., 86. 1. 131.

somption fondée simplement sur un motif d'intérêt privé, comme la présomption de remise de la dette (Art. 1282) [1].

γ. Il est inadmissible qu'on supplée par la délation du serment au défaut d'un acte solennel, par exemple d'un acte de donation entre vifs ou d'un contrat de mariage. Les solennités exigées par le législateur pour ces actes ne peuvent être remplacées par aucun moyen de preuve.

N° 3. *Nature du fait sur lequel porte la délation.*

2736. Le serment ne peut être déféré que sur des *faits*, jamais sur la question de droit (Art. 1359, 1362, et C. proc. art. 120) [2]. Il en était autrement dans la législation romaine. L'édit du préteur avait formulé ce principe, que quiconque est engagé dans un rapport de droit incertain et douteux peut le fixer par serment. Il en résultait que la délation du serment pouvait porter sur l'existence même du droit réclamé. « Jurez que vous ne me devez rien, que cette hérédité vous appartient » : tel est le contenu des formules de serment qui se rencontrent dans les fragments des jurisconsultes romains. L'innovation, que le Code civil consacre sur ce point, constitue un progrès véritable.

Le jugement d'un rapport de droit renferme nécessairement l'application d'une théorie juridique ; or, la jurisprudence, de même que toutes les sciences morales, n'est pas assise sur des principes assez clairs et assez précis pour mettre obstacle à toute appréciation casuistique, alors surtout que l'intérêt du plaideur viendra ajouter de nouvelles forces à la conviction de son droit. Les faits, au contraire, se manifestent matériellement, et sont du ressort des sens ; leur affirmation ne

[1] V. *supra*, n. 2664. — V. aussi Marcadé, V, sur les art. 1358 à 1360, I ; Bonnier, *op. cit.*, n. 410 ; Duranton, XIII, n. 577 ; Colmet de Santerre, V, n. 337 *bis*-V ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 187 ; Larombière, VII, p. 295 (art. 1358, n. 11) ; Demolombe, XXX, n. 600 ; Laurent, XX, n. 246 et 247 ; Huc, VIII, n. 359, 2° et 3°, p. 469 *in fine*. — V. dans ce sens, quant à l'autorité de la chose jugée, C. d'appel de Turin, 15 juillet 1806, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5194-1°. — Req., 22 août 1822, S. chr., VII. 1. 130, D., *op. cit.*, v° *cit.*, n. 5194-3°.

[2] Laurent, XX, n. 250. — La Haye, chambre de cassation, 23 mai 1818, *Pasicr.*, 1818, p. 107. — Cpr. Req., 14 fév. 1898, D. P., 98. 1. 112. — V. *supra*, n. 2701, β.

met en jeu que la mémoire, et les aberrations du raisonnement ne sont plus à craindre.

2737. Si, aujourd'hui, le serment décisoire ne peut être déféré que sur un fait, il faut en outre que ce fait présente certains caractères : il doit d'abord être *personnel* à la partie à laquelle le serment vient d'être déféré, ensuite être *relevant* ou *décisif*.

2738. α. « *Le serment,* dit l'art. 1359, *ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère* ». La délation du serment est une mise en demeure d'avoir à affirmer ou à nier en conscience la vérité du fait contesté. Il doit, par conséquent, s'adresser à une personne qui a réellement pris part ou qui, du moins, a réellement assisté à l'accomplissement de ce fait. On ne saurait faire intervenir en pareille matière la fiction de la représentation (1).

Quelques vieux jurisconsultes, argumentant *a contrario* de la loi 34, D., *De jurejurando,* soutenaient que le fait devait être personnel à l'une et à l'autre des parties, de façon que le serment pût être référé. Mais Pothier a réfuté leur thèse en faisant observer que « la principale raison (de la délation du serment), et qui seule suffit, est que personne ne peut se plaindre qu'on le fasse juge dans sa propre cause ». Il ajoutait : « Nous ne devons pas exiger de celui qui défère le serment, ce qu'aucune loi n'exige de lui; or il n'y a aucune loi qui exige que celui qui défère le serment soit tel qu'on puisse le lui référer » (2). Ce raisonnement a conservé toute sa valeur; mais aujourd'hui l'article 1362 fournit un nouvel argument : « Le serment, porte ce texte, ne peut être référé quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment

(1) Larombière, VII, p. 306 (art. 1359, n. 10); Demolombe, XXX, n. 604: Laurent, XX, n. 248. — Le serment, ne pouvant être déféré que sur un fait personnel à l'adversaire, ne saurait l'être au mandant (dans l'espèce, une maison de commerce), alors qu'il porte sur des faits accomplis par le mandataire (le directeur d'une succursale de cette maison de commerce). C. de justice de Genève, 2 nov. 1901, S., 1902. 1. 23. — V. aussi Nancy, 21 déc. 1837, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5210-3°. — Chambéry, 23 juin 1901, *Gaz. Trib.*, 1901, 2e sem., 1. 288. — Paris, 14 juin 1904, *Pand. franç.*, 1905. 2. 78.

(2) *Oblig.*, n. 915, al. 3.

avait été déféré ». Ainsi, dans le cas prévu, c'est seulement la rélation du serment, et non pas sa délation qui est impossible (1).

2738 I. Mais le serment ne peut-il pas être déféré à un plaideur sur le point de savoir s'il a eu connaissance d'un fait qui aurait été accompli par un autre? Ce serment, qui est appelé serment de *crédulité* ou de *crédibilité,* déroge au principe écrit dans l'art. 1359. La délation n'est donc possible que lorsque des textes spéciaux l'autorisent. Or il n'existe que deux textes renfermant une pareille disposition : 1° après avoir établi, par les art. 2271 à 2274 C. civ., diverses prescriptions de courte durée et avoir dit, dans le premier alinéa de l'art. 2275, que le serment peut être déféré à ceux qui opposent ces prescriptions, sur la question de savoir si la chose a été réellement payée, le législateur ajoute, dans le second alinéa de ce dernier article : « Le serment pourra être déféré aux veuves et héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer *s'ils ne savent pas que la chose soit due* »; 2° de même, après avoir déclaré, dans le premier alinéa de l'art. 189 C. com., que les actions relatives aux lettres de change et aux billets à ordre souscrits par des marchands ou pour faits de commerce, se prescrivent par cinq ans, il dispose ainsi dans le second alinéa de ce même article : « Néanmoins les prétendus débiteurs seront tenus, s'ils en sont requis, d'affirmer, sous serment, qu'ils ne sont plus redevables; et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, *qu'ils estiment de bonne foi qu'il n'est plus rien dû* ».

Le serment de crédibilité n'étant admis que par exception, il faut décider, contrairement à l'opinion de plusieurs auteurs, qu'il ne saurait être déféré à des personnes autres que celles indiquées dans les textes précités (2).

(1) Larombière, VII, p. 332 (art. 1362, n. 1, al. 2); Demolombe, XXX, n. 605.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 189; Laurent, XX, n. 249, et XXXII, n. 516; Huc, VIII, n. 360, p. 471, et XIV, n. 481, p. 611 *in fine;* Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription,* n. 746. — Civ. cass., 17 juill. 1876, S., 77. 1. 17, D. P., 77. 1. 276. — V. aussi Trib. civ. Seine, 7 fév. 1893, *Le Droit* du 10 mars 1893. — *Contra* Toullier, X, n. 372; Duranton, XIII, n. 580; Poujol, *op. cit.,* III, p. 411

2788 II. Mais ne faut-il pas aller plus loin et dire, en se fondant sur le même argument, que le serment de crédibilité ne peut être déféré à ces dernières personnes que dans les deux cas prévus par l'art. 2275 C. civ. et par l'art. 189 C. com.? En général, on ne va pas jusque-là. On décide que les deux dispositions transcrites plus haut doivent être considérées comme de simples applications d'une règle générale, en vertu de laquelle le serment dont il s'agit peut être déféré dans tous les cas à la veuve ou aux héritiers. A l'appui de cette doctrine, on invoque l'autorité de Pothier. Ce jurisconsulte s'exprimait en ces termes : « Une personne qui me demande le paiement du prix d'une chose qu'elle prétend avoir vendue au défunt dont je suis l'héritier, ne peut pas me déférer le serment sur le fait de savoir si la chose a été vendue ou non au défunt; car ce n'est pas mon fait, c'est le fait du défunt que je ne suis point obligé de savoir. Mais l'usage parmi nous est qu'en ce cas on puisse me déférer le serment sur le fait de savoir si j'ai connaissance que le défunt dût la somme demandée; car, en ce cas, on ne me défère pas le serment sur le fait de la vente, qui est le fait du défunt, mais on me défère le serment sur le fait de la connaissance qu'on prétend que j'ai de la dette, qui est mon propre fait » (1). Mais notre législateur ne formule point une proposition aussi générale que celle de Pothier. Il ne permet de déférer le serment à la veuve ou aux héritiers que lorsqu'ils invoquent telle ou telle prescription par lui déterminée; à ce point de vue aussi les dispositions des art. 2275 C. civ. et 189 C. com. ont bien, par rapport à celle de l'art. 1359, le caractère d'exceptions. Il ne faut pas oublier que le serment décisoire est une sorte de transaction forcée; on ne saurait, en principe, imposer cette transaction à ceux qui sont étrangers au fait sur lequel le serment doit porter : « On ne peut pas, dit Laurent, constituer juge du procès, en faisant appel à sa conscience, celui qui ne sait la chose que par ouï-dire ». La partie à laquelle s'adresse la

(art. 1357 à 1362, n. 11, al. 3); Mourlon, II, n. 1651; Colmet de Santerre, V, n. 337 *bis*-III; Larombière, VII, p. 309 (art. 1359, n. 12, al. 3); Demolombe, XXX, n. 607.

(1) *Oblig.*, n. 913, al. 3 (édit. Dupin, I, p. 526).

délation du serment de crédibilité peut n'avoir de ce fait qu'une connaissance erronée; et cependant, d'après la déclaration qu'elle fera, il sera tenu pour vrai ou pour faux. Ce résultat ne saurait se produire que par exception (1).

Au surplus, la doctrine est unanime pour reconnaître que la disposition de l'art. 2275 est exceptionnelle en ce qui regarde le tuteur, celui-ci n'ayant pas la faculté de transiger sur les affaires du pupille (2). Toutefois on estime que le serment de crédibilité peut lui être déféré dans le cas prévu par l'art. 189 C. com. En effet, dit-on, la disposition de ce texte et celle de l'art. 2275 ont été inspirées par le même esprit; elles doivent donc s'expliquer l'une par l'autre (3).

2739. β. Le serment ne peut être déféré que sur un fait relevant ou décisif, c'est-à-dire sur un fait qui, en le supposant établi, doit exercer une influence péremptoire sur la solution du litige (4) ou du moins sur celle d'un incident (5).

Ainsi — nous le savons — on ne peut pas déférer le serment sur l'existence d'un acte solennel, par exemple d'une donation

(1) *Sic* Rauter, *Cours de proc. civ.*, n. 134; Laurent, *loc. cit.*: Huc, VIII, n. 360, p. 470 *in fine*, et XIV, p. 612. — Cpr. Req., 9 nov. 1846, S., 47. 1. 45, D. P., 46. 1. 346. — *Contra* Marcadé, V, sur les art. 1358 à 1360, I, al. 4; Bonnier, édit. Larnaude, n. 412, p. 365 *in fine;* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 188 *in fine* et p. 189, texte et note 22; Larombière, VII, p. 308 (art. 1359, n. 12, al. 2); Demolombe, XXX, n. 606.

(2) Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Serment*, sect. 3, § 1, n. 12; Rolland de Villargues, *Répert. du not.*, v° *Serment*, n. 13; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 186, texte et note 11; Larombière, VII, p. 308 (art. 1359, n. 12, al. 1); Demolombe, VII, n. 690, XXX, n. 595. — Colmar, 23 août 1859, S., 60. 2. 425, D. P., 59. 2. 193. — Req., 14 nov. 1860, S., 61. 1. 949, D. P., 61. 1. 338.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Larombière, VII, p. 307 (art. 1359, n. 11, al. 3).

(4) Marcadé, V, sur les art. 1358 à 1360, I, al. 3; Bonnier, *op. cit.*, n. 413; Aubry Rau, 4e édit., VIII, p. 187; Larombière, VII, p. 309 *in fine* et p. 310 (art. 1359, n. 14); Demolombe, XXX, n. 610; Laurent, XX, n. 251. — Req., 9 novembre 1846, S., 47. 1. 45, D. P., 46. 1. 348.— Req., 5 mai 1852, S., 52. 1. 783, D. P., 53. 1. 99. — Civ. rej., 12 mai 1852, S., 52. 1. 782, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5186-7°. — Dijon, 27 octobre 1893, D. P., 94. 2. 99, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 518. — Paris, 9 mai 1895, *Mon. jud. Lyon*, 12 juillet 1895; 5 décembre 1895, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 222; 25 mars 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 728. — Nancy, 13 juillet 1906, *Gaz. Pal.*, 1906. 2. 266.

(5) Laurent, XX, n. 254.

ou d'un testament, quand les formalités prescrites par la loi pour l'efficacité d'un pareil acte n'ont pas été remplies (1).

De même on ne saurait déférer le serment sur l'existence d'une obligation naturelle aux fins de poursuivre en justice l'exécution de cette obligation (2).

Le serment ne peut, d'ailleurs, être déféré que s'il est formulé de telle manière qu'il doive nécessairement mettre fin d'une façon absolue et définitive, soit au litige, soit, au moins, à un incident. L'une des parties ne devrait donc pas être admise à le déférer sur un de ses moyens seulement, en se réservant de faire valoir ensuite les autres (3).

2740. Lorsque le juge apprécie à ce point de vue le caractère du fait sur lequel le serment doit porter, sa décision peut-elle donner ouverture à cassation? Non, si, pour admettre ou rejeter le serment, il invoque seulement le motif que ce fait est de nature à fournir complètement ou non la preuve incombant à la partie de laquelle émane la délation. En effet, il résout simplement alors une question de fait (4).

Mais sa décision peut être censurée par la cour suprême si, pour admettre ou rejeter le serment, il apprécie d'une façon erronée les conséquences légales du fait sur lequel le serment est déféré; car, dans ce dernier cas, il résout une question de droit (5).

2741. Pourvu qu'il satisfasse aux conditions que nous venons d'indiquer, tout fait quelconque peut être l'objet du

(1) Duranton, XIII, n. 575; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Larombière, VII, p. 294-295 (art. 1358, n. 10). — Pau, 24 août 1870, S., 71. 2. 99. — V. aussi Civ. rej., 21 juillet 1852, S., 52. 1. 696, D. P., 52. 1. 194.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.* — Cpr. Bordeaux, 14 janvier 1869, S., 69. 2. 164.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 190. — Agen, 17 fév. 1830, S., 32. 2. 109. — Civ. rej., 12 mai 1852, S., 52. 1. 782, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5186-7°. — Civ. rej., 5 mai 1886, D. P., 86. 1. 467. — Trib. comm. Seine, 25 oct. 1895, *Loi*, 20 nov. 1895. — Req., 13 mars 1900, D. P., 1900. 1. 264. — V. aussi Civ. cass., 11 fév. 1902, S., 1902. 1. 240, D. P., 1902. 1. 80. — V. encore Req., 27 avril 1853, S., 53. 1. 698, D. P., 53. 1. 195.

(4) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 188, texte et note 20; Larombière, VII, p. 311 (art. 1359, n. 15); Demolombe, XXX, n. 611. — Civ. rej., 6 mars 1834, S., 34. 1. 756. — Req., 5 mai 1852, S., 52. 1. 395, D. P., 52. 1. 275. — Civ. rej., 6 fév. 1860, S., 60. 1. 337, D. P., 60. 1. 253.

(5) Aubry et Rau, Larombière, Demolombe, *loc. cit.* — Civ. rej., 21 juil. 1852, précité.

serment décisoire. On peut, en conséquence, déférer ce serment sur des faits honteux ou illicites (1), tels que des faits d'usure (2) ou des entraves à la liberté de tester (3).

Mais, a-t-on objecté, déférer le serment à quelqu'un sur un fait déshonorant pour lui, c'est le pousser à commettre un parjure. Cette objection est sans force devant les termes absolus de l'art. 1358 : « Le serment décisoire peut être déféré *sur quelque espèce de contestation que ce soit* », par conséquent sur un fait quelconque. Elle prouve simplement qu'on peut critiquer la loi.

Cependant la question devient très délicate quand le fait est de nature à faire prononcer une condamnation pénale contre la partie qui devrait prêter serment. Il semble bien que notre législation moderne, rompant avec l'ancien droit, a voulu, d'une façon générale, supprimer le serment déféré à une personne qui ne pourrait le prêter sans encourir une peine. Aussi, d'après Demolombe, si le serment peut être déféré sur un fait isolé d'usure, il ne saurait l'être sur un ensemble de faits constituant l'habitude d'usure (4).

2742. Ainsi que nous l'avons indiqué, le serment décisoire peut être déféré contre et outre le contenu aux actes authentiques, ou sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis ces actes, car, aux termes de l'art. 1358, il peut l'être « sur quelque espèce de contestation que ce soit ».

Il faut, toutefois, faire ici une distinction : quand il s'agit de faits constatés authentiquement par un officier public, la foi due à cette constatation ne saurait être infirmée par le serment décisoire qu'après l'admission de l'inscription de faux. Antérieurement la délation du serment est irrecevable sur ces faits (5). Il en est autrement quand les faits contre-

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 189; Laurent, XX, n. 250, al. 2; Huc, VIII, n. 360, p. 471. — Pau, 2 déc. 1829, S. chr., IX. 2. 355, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4876-2°. — Cpr. Demolombe, XXX, n. 609.

(2) Bruxelles, 1er fév. 1809, S. chr., III. 2. 15, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5204-1°.

(3) Turin, 13 avril 1808, S. chr., II. 2. 377, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5203-2°.

(4) Demolombe, XXX, n. 609 *in fine*.

(5) Toullier, IX, n. 380; Duranton, XIII, n. 579; Bonnier, *op. cit.*, n. 410; Zachariæ, § 768, texte et note 12; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 189; Larombière, VII, p. 313 (art. 1360, n. 3); Demolombe, XXX, n. 608; Laurent, XX, n. 244; Huc, VIII,

dits ont été l'objet de simples déclarations que l'officier public n'a fait que recevoir, par exemple de déclarations relatives aux apports matrimoniaux [1].

N° 4. *Devant quelles juridictions la délation du serment peut intervenir.*

2743. En principe, la délation du serment décisoire peut se produire devant toutes les juridictions : tribunaux civils, tribunaux de commerce (C. co., art. 189), justices de paix (C. pr., art. 55), juridictions arbitrales, conseils de prud'hommes.

Il n'y a d'exception que pour la juridiction administrative et la juridiction criminelle.

Il nous faut insister un peu sur ces deux points.

2744. En premier lieu, disons-nous, le serment décisoire n'est pas admissible devant la juridiction administrative [2]. La loi du 22 juillet 1889, sur la procédure à suivre devant les conseils de préfecture, est muette sur le serment, mais, dans le rapport présenté au Sénat, se trouve le passage suivant : « La proposition de loi ne contient aucune disposition relative au serment décisoire. Le conseil d'Etat a décidé, par un arrêt du 29 novembre 1851, que des raisons d'ordre public s'opposent à ce qu'un tel serment soit déféré devant la juridiction administrative. Pour apprécier la sagesse de cette décision, il suffit de remarquer que le débat s'engage fréquemment devant la juridiction administrative entre les particuliers et les agents de l'administration, qui ne peuvent prêter ni déférer le serment sans inconvénient grave. Il n'y a donc pas lieu d'admettre ce mode de preuve dans les litiges

n. 359-1°, p. 469. — Cpr. Grenoble, 11 juil. 1806, S. chr., II. 2. 158, D., *Répert., alph.*, v° *Oblig.*, n. 5198-1° et v° *Succession*, n. 1968. — Civ. rej., 7 nov. 1893, S., 94. 1. 182, D. P., 94. 1. 15. — Paris, 12 avril 1906, *Loi*, 13 juin 1905. — *Contra* Colmet de Santerre, V, n. 337 *bis*-VI.

(1) V. notre tome III, n. 2076 s.

(2) *Sic* Larombière, VII, p. 224 (art. 1360, n. 14); Demolombe, XXX, n. 575; Dufour, *Droit administratif*, II, n. 348; Serrigny, *Procéd. en matière contentieuse administrative*, III, p. 125. — Cons. d'Et., 29 nov. 1851, S., 52. 2. 154, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5208. — *Contra* Bonnier, *op. cit.*, n. 411; Chauveau, *Code d'instruction administrative*, I, p. 217; Trolley, *Traité de la hiérarchie administrative*, I, p. 185, n. 348; Lefebvre, *Essai sur la procédure en matière contentieuse*, p. 166; Bazille, *Procédure administrative*, p. 30.

qui nous occupent » (1). Il résulte bien de ces paroles que le législateur de 1889 a entendu maintenir, quant au serment décisoire, la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat.

2745. A plus forte raison la délation du serment décisoire ne saurait-elle avoir lieu devant la juridiction criminelle. Ce serment ne peut être déféré ni par la partie civile au prévenu ou accusé, ni par celui-ci à la partie civile. Des motifs d'ordre public s'y opposent. Le premier alinéa de l'art. 2046 est, il est vrai, ainsi conçu : « On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit ». Mais il ne s'ensuit point que le serment décisoire soit admissible devant la juridiction répressive, car, lorsque l'action civile est portée devant cette juridiction par voie de jonction à l'action publique, elle est, au point de vue de la preuve, intimement liée à cette dernière. Les principes du droit pénal font obstacle à ce que le prévenu ou accusé puisse, par le fait d'une délation de serment, être constitué ou constituer la partie civile juge de sa propre cause (2).

Mais, si la partie lésée porte séparément son action devant la juridiction civile, rien ne s'oppose à ce que le serment décisoire soit déféré (3).

N° 5. *Du principe que le serment décisoire peut être déféré en tout état de cause.*

2746. Aux termes de l'art. 1360 : « *Il* [le serment] *peut* » *être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe* » *aucun commencement de preuve de la demande ou de l'ex-* » *ception sur laquelle il est provoqué* ».

Ainsi la loi décide que, lorsque le serment est recevable d'après la nature de la juridiction saisie, il peut être déféré *en tout état de cause*. La délation du serment décisoire, peut donc intervenir même après que les divers modes d'instruc-

(1) Rapport de M. Clément au Sénat, séance du 17 janv. 1889, *Journ. off.*, Sénat, *Doc. parlem.*, 1889, p. 1.

(2) Larombière, VII, p. 324 (art. 1360, n. 15) ; Demolombe, XXX, n. 576.

(3) Larombière, même n., dern. al.

tion, notamment une enquête, une expertise, une vérification d'écriture, ont été employés (1).

Pothier, de l'ouvrage de qui notre article est textuellement extrait, ajoutait sous forme d'explication : « en cause d'appel comme en première instance » (2). Le serment décisoire peut, en effet, être déféré pour la première fois en cause d'appel (3).

Mais la délation du serment n'est plus admise lorsqu'il est intervenu, relativement au fait contesté, une décision passée en force de chose jugée (4). Et même, d'après la jurisprudence, le serment ne peut plus être déféré après les plaidoiries et lorsque la cause est en délibéré (5), ni, dans les affaires ordinaires, après les conclusions du ministère public (6).

2747. A notre avis, les juges sont tenus d'ordonner la prestation du serment lorsqu'il est déféré par l'une des parties. La jurisprudence leur reconnaît, au contraire, sur ce point, un pouvoir discrétionnaire. Il leur appartiendrait de rejeter le serment comme inutile soit lorsque les faits allégués par le plaideur qui le défère sont invraisemblables ou démentis par les documents de la cause, soit lorsque les faits contestés par ce même plaideur sont complètement établis par d'autres preuves. Nous ne saurions approuver

(1) Larombière, VII, p. 314 (art. 1360, n. 4 *in fine*); Demolombe, XXX, n. 613.

(2) *Oblig.*, n. 914, al. 2 (édit. Dupin, I, p. 527).

(3) Bonnier, *op. cit.*, n. 414; Colmet de Santerre, V, n. 337 *bis*-IV; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 190; Larombière, VII, p. 314 (art. 1360, n. 4 *in fine)*; Demolombe, XXX, n. 612; Laurent, XX, n. 255. — Riom, 7 déc. 1818, S. chr., V. 1. 431, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5240. — Le serment décisoire n'est valablement déféré à une partie défaillante que si elle a été régulièrement avertie de cette délation. Il ne saurait lui être déféré par de simples conclusions prises à l'audience, alors même qu'elle serait présente de fait. Cette présence de fait ne doit pas être assimilée à une présence légale. — Civ. rej., 1er mars 1859, S., 59. 1. 329, D. P., 59. 1. 155.

(4) Colmet de Santerre, V, n. 338 *bis*-IV; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 190; Larombière, VII, p. 313 (art. 1360, n. 4). — Req., 22 août 1822, S. chr., VII. 1. 130, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5194-4°. — V. aussi Turin, 15 juil. 1806, S. chr., II. 2. 159, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5194-1°.

(5) Colmar, 2 mai 1842, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5239-2° et v° *Effets de commerce*, n. 194-1°. — V. dans le même sens Larombière, VII, p. 314 (art. 1360, n. 5); Demolombe, XXX, n. 613; Laurent, XX, n. 256. — V. aussi Req., 22 déc. 1829, S. chr., IX. 1. 412, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 5239, et v° *Conclus.*, n. 57-3°.

(6) Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXX, n. 613. — Bourges, 27 janv. 1845, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 5239-3°.

cette jurisprudence. En disant que le serment décisoire *peut être déféré,* le législateur vise une faculté qui appartient aux parties et non au tribunal.

On a objecté contre cette solution qu'il n'est pas rationnel d'autoriser l'administration d'une nouvelle preuve pour un fait qui se trouve déjà complètement prouvé. Cette objection aurait de la portée, si les preuves judiciaires produisaient la certitude absolue ; mais elles n'engendrent qu'une probabilité plus ou moins grande ; et, dès lors, si forte qu'elle soit, comme elle n'exclut pas un degré plus élevé de persuasion, on peut, sans blesser les règles de la logique et de la raison, admettre une autre preuve pour détruire l'effet d'une preuve déjà faite qui laisse toujours place au doute. Le juge pourrait-il, sous le prétexte que les preuves déjà produites au procès ont complètement éclairé sa religion, rejeter un aveu qui serait fait au dernier moment de l'instance (1)?

(1) *Sic* Marcadé, V, sur les art. 1358 à 1360, II; Bonnier, *op. cit.*, 413; Colmet de Santerre, V, n. 337 *bis*-V *in fine;* Demolombe, XXX, n. 615; Laurent, XX, n. 242. — Bastia, 12 avril 1864, S., 64. 2. 189, D. P., 64. 2. 88. — *Contra* Req., 23 avril 1829, S. chr., IX. 1. 276, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5241-3°, 4155. — Bordeaux, 19 janv. 1830, S. chr., IX. 2. 381, D., *op.* et v° *cit.*, n. 5241-3°. — Req., 6 août 1856, S., 58. 1. 669, D. P., 57. 1. 39. — Civ. rej., 1er mars 1859, S., 59. 1. 329. D. P., 59. 1. 156. — Agen, 8 déc. 1858, S., 59. 2. 15, D. P., 59. 2. 18. — Pau, 10 déc. 1858, D. P., 59. 2. 18. — Civ. rej., 6 fév. 1860, S., 60. 1. 337, D. P., 60. 1. 253. — Chambéry, 22 mars 1861, S., 62. 2. 32, D. P., 61. 2. 164. — Civ. rej., 17 mars 1862, S., 62. 1. 507, D. P., 62. 1. 437. — Req. 11 nov. 1862, S., 63. 1. 151 (ou 11 nov. 1861, D. P., 62. 1. 465); 17 nov. 1863, S., 64. 1. 49, D. P., 64. 1. 121; 19 avril 1870, S., 72. 1. 420, D., 72. 1. 323. — Dijon, 24 juil. 1874, S., 74. 2. 240. — Req., 27 juil. 1875, S. 75. 1. 414, D. P., 76. 1. 161. — Trib. civ. Coulommiers, 17 nov. 1882, *Gaz. Pal.*, 83. 1. 223. — Limoges, 15 janv. 1884, D. P., 84. 2. 101. — Trib. civ. Guéret, 23 janv. 1884, *Gaz. Pal.*, 84. 1. 907. — Req., 11 mars 1884, S., 85. 1. 496, D. P., 85. 2. 144; 22 juil. 1884, S., 86. 1. 344, D. P., 85. 1. 253. — Trib. civ. Charolles, 23 fév. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 316. — Req., 31 oct. 1893, S., 94. 1. 16, D. P., 94. 1. 108. — Alger, 17 fév. 1894, D. P., 95. 2. 262. — Bordeaux, 23 avril 1894, *Jour. des arr. de Bordeaux,* 94. 1. 291. — Trib. civ. Perpignan, 13 mars 1895, *Loi,* 30 mai 1895. — Bordeaux, 24 juin 1896, *Journ. des arr. de Bordeaux,* 96. 1. 314. — Req., 30 juin 1896, S., 97. 1. 40, D. P., 97. 1. 12. — Trib. civ. Marseille, 15 fév. 1896, et Aix, 21 fév. 1898, joints à Req., 13 fév. 1900, S., 1902. 1. 7. — Trib. civ. Seine, 1er mars 1897, D. P., 98. 2. 135. — Bordeaux, 30 déc. 1897, *Journ. des arr. de Bordeaux,* 98. 1. 240. — Trib. civ. de Mayenne, 25 fév. 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 1, *Suppl.*, 17. — Req., 22 avril 1898, S., 1901. 1. 23, D. P., 98. 1. 391, *Pand. franç.*, 98. 1. 326. — Trib. com. Saint-Etienne, 30 août 1898, *Mon. judic. Lyon,* 15 sept. 1898. — Paris, 7 fév. 1899, *Gaz. Trib.*, 99, 2e sem., 1. 491. — Req., 16 juil. 1900, D. P., 1900. 1. 462,

2747 I. Aubry et Rau et Larombière posent en principe, comme nous venons de le faire, que, par ces mots : « Le serment décisoire *peut* être déféré... », la loi confère une faculté à la partie, et non au juge. Mais ils apportent à cette proposition une restriction fort grave : « Il en résulte, disent Aubry et Rau, que, lorsque le serment est valablement déféré, ce dernier (le juge) est, en général, tenu de l'admettre. Il peut cependant se dispenser de le faire dans le cas où il lui paraît constant que la délation de serment a eu lieu par esprit de vexation, ou dans le but d'exploiter les scrupules d'une conscience timorée, et à charge de le déclarer dans son jugement » (1). Larombière s'exprime en termes analogues (2).

Nous reconnaissons que les inconvénients prévus par ces auteurs peuvent se présenter quelquefois en pratique. Mais ils sont la conséquence inévitable de la façon dont les rédacteurs du Code ont compris le serment décisoire. D'ailleurs, si le juge du fond pouvait déclarer la délation de serment non recevable comme étant un procédé vexatoire, sa décision sur ce point échapperait au contrôle de la cour de cassation, car elle serait fondée sur une appréciation de fait. Il jouirait donc à cet égard d'une liberté absolue, et, contrairement à la volonté du législateur, les parties seraient complètement privées de la garantie du serment décisoire (3).

2748. Il faut également conclure de l'art. **1360** que le serment décisoire peut être déféré par une partie aussi bien au début de l'instance que lorsqu'elle a proposé d'autres moyens. Nous repoussons cette jurisprudence, d'après laquelle le serment, que l'on défère par conclusions subsidiaires, ne cons-

Pand. franc., 1901. 1. 525; 1er août 1900, S., 1901. 1. 23, *Pand. franc.*, 1901. 1. 543. — Paris, 14 juin 1904, *Pand. franc.*, 1905. 2. 78. — Req., 3 janv. 1905, S., 1905. 1. 72, D. P., 1905. 1. 75, *Gaz. Pal.*, 1905. 1. 221. — D'après un arrêt de la cour de Toulouse, du 20 juin 1906, les juges ne sont pas tenus d'ordonner la prestation du serment quand les faits sur lesquels il porterait sont complètement contredits par l'attitude prise au procès par la partie qui le défère. *Pand. franc.*, 1907. 2. 113.

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 192, texte et note 34.

(2) Larombière, VII, p. 330 (art. 1361, n. 6, al. 2).

(3) Demolombe, même n°, p. 536-537.

titue qu'un serment supplétif qu'il appartient au juge d'admettre ou de rejeter. Cette opinion n'est pas seulement contraire au texte de la loi; elle méconnaît aussi le but même du serment décisoire. La loi l'a consacré comme une ressource extrême ménagée au plaideur, qui, vaincu sur tous ses moyens, est sur le point de perdre son procès; et, en fait, il n'est référé que lorsqu'il a été impossible de prouver son droit par les preuves ordinaires (1).

2748 I. Si l'on considère la raison d'être du serment, on ne voit pas pourquoi le législateur a cru bon d'écrire à la fin de l'article **1360** : « .....*et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué* ». La délation du serment décisoire est une suprême ressource. En pratique, elle suppose l'absence de tout autre moyen de preuve.

Cependant quelques-uns de nos vieux docteurs, notamment Barthole et Balde, invoquant abusivement un texte de droit romain (L. 4, C., *de edendo*, II, I), n'admettaient la délation du serment, même décisoire, que s'il y avait un commencement de preuve.

Mais plusieurs autres jurisconsultes, Cujas, Duaren, Doneau, Fachinée, Vinnius (2) firent triompher l'opinion con-

(1) *Sic* Marcadé, V, sur les art. 1358 à 1360, III; Bonnier, *op. cit.*, n. 413; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 532, § 602, note 2; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 190 *in fine;* Larombière, VII, p. 314-319 (art. 1360, n. 6); Demolombe, XXX, n. 620-622; Laurent, XX, n. 257; Huc, VIII, n. 361 *in fine*, p. 472 *in fine*. — Cass. belge, 3 mars 1853, *Pasicr.*, 53. 1. 227. — Bastia, 12 avril 1864, S., 64. 2. 189, D. P., 64. 2. 88. — *Contra* Merlin, *Répert.*, v° *Serment*, § 2, art. 2, n. 7, et *Quest.*, eod. v°, § 4; Toullier, X, n. 404; Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Serment*, sect. III, § 2, n. 6; Paul Bressolle, *Gaz. Trib. Midi*, n. du 1er août 1886. — Civ. rej., 30 oct. 1810, S. chr., III. 1. 256, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5188. — Agen, 25 fév. 1817, S. chr., V. 1. 242, D., *loc. cit.* — Colmar, 5 fév. 1834, S., 35. 2. 143, D., *loc. cit.;* 7 mars 1835, S., 35. 2. 416, D., *loc. cit.* — Limoges, 23 fév. 1843, S., 44. 2. 637, D., *loc. cit.* — D'après ces arrêts, le serment déféré par des conclusions subsidiaires, étant supplétif, ne peut être ordonné que lorsqu'il existe déjà des présomptions graves ou un commencement de preuve. — V. aussi Douai, 31 janv. 1855, S., 55. 2. 247, D. P., 55. 5. 412, et *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5188. — Bordeaux, 22 août 1871, S., 71. 2. 273, D. P., 72. 2. 214. — Suivant ces deux dernières décisions, le serment dont nous parlons étant supplétif, il appartient aux juges d'en admettre ou d'en rejeter la délation suivant les circonstances. — *Adde* Paris, 19 janv. 1900, *Bull. c. d'app.*, n. du 15 mai 1900, *texte non publié*.

(2) Cujas, *Observ.*, XXII, n. 28; Vinnius, *Selectæ questiones*, 42, lib. I.

traire, qui fut adoptée par Pothier [1]. La dernière partie de l'article 1360 s'explique donc historiquement. Le législateur a voulu consacrer la doctrine qui avait prévalu dans l'ancien droit [2].

C. *Effets de la délation.*

2749. La délation du serment, lorsque toutes les conditions qui viennent d'être énumérées se trouvent remplies, met la partie à laquelle elle s'adresse dans les liens d'une obligation alternative : elle est obligée ou de référer le serment ou de le prêter, sous peine de succomber dans sa demande ou dans son exception. Cela résulte de l'art. 1361, l'article fondamental de la matière du serment décisoire : « *Celui auquel le* » *serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le* » *référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé* » *et qui le refuse, doit succomber, dans sa demande ou dans* » *son exception* ».

La rélation du serment, sa prestation, le refus de le prêter ou de le référer sont les trois faits généraux rentrant dans le mécanisme du serment, qu'il nous reste à étudier.

II. *De la rélation du serment.*

2750. Référer un serment, c'est sommer la personne qui le défère de le prêter elle-même. Par exemple je vous réclame 1.000 francs que je prétends vous avoir prêtés; vous niez le prêt, et, comme je n'ai pas de preuve à l'appui de ma prétention, je vous défère le serment; je vous dis : « Jurez que je ne vous ai pas prêté 1.000 fr. et je renonce à mon action ». Vous pourrez me répondre : « Jurez vous-même que vous m'avez prêté les 1.000 francs que vous réclamez, et je passe condamnation ».

2751. La rélation du serment présente le même caractère juridique que la délation : c'est une offre retournée de renonciation conditionnelle à la demande ou à l'exception. Partant il faut la même capacité, la capacité nécessaire pour consen-

(1) *Oblig.*, n. 914.

(2) Mourlon, II, n. 1652; Larombière, VII, p. 312 (art. 1360, n. 1); Demolombe, XXX, n. 613 *bis;* Laurent, XX, n. 232; Arntz, III, n. 438.

tir une transaction. Les autres conditions exigées pour la validité de la délation sont également requises pour celle de la rélation. Ainsi elle a lieu dans les mêmes contestations, en tout état de cause; le fait sur lequel elle porte doit présenter aussi les mêmes caractères; il doit, par conséquent, être personnel à la partie à laquelle le serment est référé.

Le législateur a cru utile d'indiquer cette dernière condition dans l'art. 1362, ainsi conçu : « *Le serment ne peut être* » *référé quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des* » *deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le* » *serment avait été déféré* ». Il faut que le fait soit commun aux deux parties, parce que le serment ayant été déféré à la partie qui le réfère, se trouvait être déjà quant à elle un fait personnel (1).

2752. Les effets de la rélation ne sont pas absolument les mêmes que ceux de la délation. Elle crée bien une obligation à la charge de la partie à laquelle elle s'adresse, mais une obligation qui est pure et simple. Cette partie est tenue de prêter le serment qui lui est demandé, sous peine de perdre son procès, sans pouvoir le référer (arg. de ces mots de l'art. 1361 *ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse*). S'il lui avait été permis de le référer à son tour, le procès eût pu tourner perpétuellement dans un cercle sans issue (2).

III. *De la prestation du serment.*

2753. Nous étudierons successivement le caractère juridique de la prestation du serment et les effets qu'elle produit. Quant à la procédure qui la précède et aux formalités qui l'accompagnent, nous n'en parlerons pas; elles rentrent plutôt dans l'explication du Code de procédure civile.

A. *Caractère juridique.*

2754. La prestation du serment déféré ou référé n'est autre chose que l'accomplissement de la condition, sous

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 916, al. 2; Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 300, Locré, XII, p. 413 *in fine*, n. 226.

(2) Zachariæ, § 768, note 20; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 193; Larombière, VII, p. 327 (art. 1361, n. 3); Demolombe, XXX, n. 625; Laurent, XX, n. 262, al. 2.

laquelle l'auteur de la délation ou de la rélation avait renoncé à sa demande ou à son exception. Cette renonciation devient ainsi définitive [1].

Cependant il ne faut pas voir dans la prestation du serment un acte d'acquisition; comme la transaction, elle a purement le caractère *déclaratif*. C'est encore là un nouveau point de ressemblance entre ces deux institutions juridiques [2]. Il est facile de justifier ce caractère. Aux yeux de la personne qui le prête, le serment n'a pas d'autre portée que de lui laisser ce qui lui appartient déjà et de consacrer la justice de ses prétentions; elle n'entend pas acquérir, elle ne veut que s'assurer le paisible exercice d'un droit qu'elle n'a pas cessé un seul instant de regarder comme sien. Il est bien vrai que l'acte de celui qui défère le serment offre dans sa pensée le caractère d'un acte de disposition : il a toujours considéré le droit contesté comme lui appartenant; il en fait abandon à son adversaire pourvu que le serment soit prêté; la délation s'analyse véritablement en une renonciation faite sous une condition qui est maintenant réalisée. Mais, dans cet antagonisme de volontés, la loi fait prévaloir l'intention de la partie qui prête le serment sur celle de la partie qui le défère. Lorsqu'un serment est prêté, son contenu devient l'expression de la vérité. Peu importe la réalité des choses, la loi n'en tient aucun compte. Le serment a montré de quel côté était le droit, et tout le monde, même la partie qui semble avoir fait le sacrifice de sa chose, doit s'incliner devant cette vérité qui n'est souvent qu'une fiction, mais une fiction irréfragable.

B. *Effets de la prestation du serment.*

2755. Les effets de la prestation du serment se résument tous dans cette formule : le contenu du serment prêté exprime une fiction de vérité qui prévaut sur la vérité réelle. Il en résulte que cette prestation consomme d'une manière irrévocable la renonciation proposée par la partie qui l'a déféré; celle-ci est désormais censée avoir reconnu le bien fondé des

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 196; Larombière, VII, p. 337 (art. 1363, n. 4); Demolombe, XXX, n. 658-659.

(2) V. cep. en sens contraire, Huc, VIII, n. 368, p. 480 *in fine*, p. 481-483.

prétentions de son adversaire. Il en résulte encore que le contenu du jugement doit avoir pour base le contenu du serment prêté.

Nous allons, pour exposer la force probante du serment, indiquer d'abord son degré d'énergie et ensuite les limites que la loi a tracées.

N° 1. *Degré de force probante du serment.*

2756. L'étendue de cette force probante réside tout entière dans la convention qui précède la prestation du serment et qui en forme la base. Celui qui le défère ou le réfère offre de subordonner le sort de la contestation au fait de la prestation du serment. Il dit à son adversaire : « Je m'engage à ne plus renouveler contre vous ma demande ou mon exception si vous jurez que telle chose est ou n'est pas ». Cette offre est suivie d'acceptation, et le serment est prêté. Voilà une convention parfaite, sur la légalité de laquelle on ne saurait élever le moindre doute, puisque c'est la loi elle-même qui la réglemente. La partie qui a déféré ou référé le serment s'était obligée sous une condition ; mais, cette condition s'étant réalisée, elle se trouve dans les liens d'une obligation pure et simple, et elle doit tenir ce qu'elle a promis : renonciation au droit de faire valoir désormais sa demande ou son exception. La convention de serment tire donc son autorité de ce principe, que « les conventions légalement formées tiennent » lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Art. 1134. Cette autorité propre à toutes les conventions, elle la conserve même après que le jugement a été rendu ; ce jugement ne l'absorbe pas ; il se borne à la constater en adjugeant les conclusions de la partie qui l'a prêté. En d'autres termes, la prestation du serment produit les effets d'une convention sous la forme d'un jugement (1).

(1) La prestation de serment constitue un contrat qui lie les parties et qui a, entre elles, force de chose jugée en dernier ressort. Il s'ensuit que, dans une action en paiement de fournitures, le défendeur n'est pas recevable à opposer la prescription de l'art. 2272, si, à sa requête, le demandeur a juré qu'il n'avait reçu de lui aucune somme d'argent. Trib. civ. Bordeaux, 23 mai 1899, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1900. 3. 26.

2757. De ce que la prestation du serment, constitue une convention, il résulte que la partie qui l'a déféré ou référé n'est pas admise à attaquer sa prestation, en offrant de prouver, même par des pièces nouvellement recouvrées (1), qu'il y a eu parjure, et qu'ainsi la présomption de vérité que la loi fait résulter du serment prêté est mensongère. Elle n'y serait même pas autorisée par l'aveu que l'adversaire aurait fait de la façon la plus formelle d'avoir commis un parjure (2). Il faut s'en tenir en effet aux termes de la convention. Elle ne s'est pas formée sous cette condition : si le serment est prêté conforme à la vérité; car le but de l'institution n'eût pas été atteint : le différend ne serait pas décidé, puisqu'il resterait toujours à juger la question de savoir si le serment est vrai ou faux. La seule intention qu'ait pu avoir, aux yeux de la loi, l'auteur de la délation ou de la rélation, c'était de se désister de sa prétention si l'adversaire jurait que la sienne était fondée; elle n'a donc pas subordonné son engagement à la vérité du serment, mais au seul fait de sa prestation, par conséquent elle n'est pas recevable à attaquer la convention en alléguant un parjure. Le Code exprime cette idée dans l'art 1363 : « *Lorsque le serment déféré ou référé a été fait,* » *l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté* ».

2758. Ce texte est absolu, et ses termes comme ses motifs doivent faire décider que la partie, qui a déféré ou référé le serment, ne peut pas en prouver la fausseté en intervenant, comme partie civile, dans une poursuite pour délit de faux serment dirigée à la requête du ministère public contre celui qui l'a prêté (C. pén., art. 366). Elle ne réclame, il est vrai, par l'action civile, que des dommages et intérêts, afin d'être indemnisée du préjudice que lui cause le parjure; mais, pour vérifier l'existence de ce préjudice, il faudrait renouveler le débat originaire; car la fausseté du serment prêté ne suffirait pas pour prouver le bien fondé de la demande ou de l'exception de celui qui l'a déféré ou référé (3).

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 916, al. 8; Larombière, VII, p. 339 (art. 1363, n. 8 ; Demolombe, XXX, n. 660.

(2) Larombière, Demolombe, *loc. cit.*

(3) Toullier, X, n. 389; Marcadé, V, art. 1361 à 1361, III; Bonnier, *op. cit.*,

2759. Au surplus, celui qui a déféré un serment ne saurait détruire indirectement la preuve que la prestation a procurée à son adversaire, et, par suite, quand une partie a déféré à l'autre le serment sur la vérité d'un fait constaté dans un acte authentique, elle n'est plus recevable à s'inscrire en faux contre cet acte. Sans quoi elle serait admise à prouver indirectement la fausseté du serment (1).

2760. Le caractère conventionnel de la prestation du serment conduit à cette autre conséquence, inverse de la première : c'est qu'on peut la faire tomber en se fondant sur toutes les causes qui sont susceptibles de faire prononcer la nullité ou la rescision des conventions ordinaires, vices du consentement, incapacité, etc., et, du même coup, on fait tomber le jugement qui en a été la suite. C'est ainsi qu'il me sera permis de revenir sur la prestation du serment dans le cas où mon adversaire m'aurait amené à lui déférer le serment en soustrayant le titre qui établit ma créance (2).

2761. Il est donc possible, dans certaines circonstances, de revenir sur la convention de serment, mais uniquement pour des causes qui sont relatives à la convention elle-même. Toutefois, comme elle revêt la forme d'un jugement, on ne pourra la faire tomber qu'à l'aide des moyens organisés par la loi pour attaquer les jugements, c'est-à-dire de l'appel, si la décision est susceptible de cette voie de recours, ou de la

n. 426; Zachariæ, § 768, texte et note 27; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 196 et p. 197, texte et note 45; Larombière, VII, p. 338 (art. 1363, n. 7); Demolombe, XXX, n. 661 et 662; Laurent, XX, n. 275; Huc, VIII, n. 365. — Crim. rej., 21 août 1834, S., 35. 1. 119, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5376; 7 juillet 1843, S., 44. 1. 36, D. P., 43. 1. 471. — V. cependant Duranton, XIII, n. 600. — L'art. 1363 ne fait nullement obstacle à ce que le ministère public poursuive le délit de faux serment et en prouve l'existence. Aussi le ministère public peut-il faire entendre comme témoin le plaideur qui a déféré le serment décisoire, si ce plaideur ne s'est pas porté partie civile. Besançon, 9 mai 1888, S., 90. 2. 195.

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 196 *in fine;* Larombière, *loc. cit.;* Demolombe, XXX, n. 663; Laurent, XX, n. 274. — Colmar, 25 avril 1827, S. chr., VIII. 1. 361, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5254.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 919, al. 6 à 10; Toullier, X, n. 390; Duranton, XIII, n. 601; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Serment*, sect. III, § 1, n. 20; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 197; Larombière, VII, p. 340 (art. 1363, n. 9); Demolombe, XXX, n. 664-665; Laurent, XX, n. 273; Huc, VIII, n. 364, al. 4. — Riom, 11 déc. 1885, D. P., 86. 2. 199.

requête civile, si elle a acquis la force de chose irrévocablement jugée. C. pr., art. 480-10° [1].

N° 2. *Caractère relatif de l'autorité du serment.*

2762. Du principe que la présomption de vérité, attachée à la prestation du serment décisoire, a pour fondement une convention, il résulte qu'elle ne peut avoir d'effet qu'entre les parties litigantes et qu'à l'égard d'une demande identique, c'est-à-dire d'une demande ayant même objet et même cause, l'*eadem quæstio* des Romains [2].

Quant à l'identité d'objet et à l'identité de cause, il suffit de se reporter aux explications que nous en avons données à propos de l'autorité de la chose jugée [3]. Mais nous dirons quelques mots de l'identité subjective, sur laquelle le législateur a écrit la disposition de l'art. 1365 : « *Le serment fait* » *ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou con-* » *tre lui, et au profit de ses héritiers et ayants cause, ou contre* » *eux. — Néanmoins le serment déféré par l'un des créanciers* » *solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de* » *ce créancier; — Le serment déféré au débiteur principal* » *libère également les cautions; — Celui déféré à l'un des* » *débiteurs solidaires profite aux codébiteurs; — Et celui* » *déféré à la caution profite au débiteur principal. — Dans* » *ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou* » *de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débi-* » *teur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette, et non* » *sur le fait de la solidarité ou du cautionnement* ».

Après avoir posé le principe de l'autorité relative du serment, cet article en examine les conséquences au point de vue de la solidarité et du cautionnement.

2763. α. L'art. 1365 prévoit d'abord le cas de la solidarité active, et il décide que, lorsque le serment, déféré par l'un des créanciers solidaires, est prêté par le débiteur, celui-ci

[1] Toullier, Duranton, Huc, *loc. cit.*; Larombière, VII, p. 340 (art. 1363, n. 10); Demolombe, XXX, n. 666.

[2] Pothier, *Oblig.*, n. 917 (édit. Dupin, I, p. 532); Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 309 *in fine*, Locré, XII, p. 414, n. 228.

[3] V. *supra*, n. 2675-2685.

n'est libéré que *pour la part de ce créancier*. Le législateur de 1804 s'est, en ce point, écarté de la tradition. D'après la loi romaine, dont Pothier reproduisait la solution (1), le serment, prêté par le débiteur, le déchargeait de son obligation à l'égard de tous les créanciers solidaires. La rédaction primitive du projet était même conçue dans ce sens (2). Elle fut modifiée par cette raison que la délation du serment est une renonciation conditionnelle et qu'en matière d'obligations, ses effets sont gouvernés par les principes de la remise de dette (art. 1198, al. 2). Le second alinéa de l'art. 1365 devient ainsi une application pure et simple de la règle posée dans le premier; on aurait dû par suite en effacer le mot *Néanmoins*, qu'on a laissé subsister par mégarde (3).

La loi ne prévoit pas le cas où, en sens inverse, l'un des créanciers solidaires prête le serment provoqué par le débiteur; dans ce cas, le serment forme preuve au profit des autres créanciers (4).

2764. β. En matière de solidarité passive, le serment prêté par l'un des codébiteurs solidaires profite à tous les autres; il donne ainsi naissance à une exception *réelle*, en ce sens qu'elle peut être opposée pour le tout par chaque codébiteur indistinctement. Les rédacteurs du Code justifient cette décision par le caractère de paiement que la loi romaine conférait au serment (5).

Quant au serment déféré par l'un des débiteurs solidaires et prêté par le créancier, il faut, par application du principe que les débiteurs solidaires se représentent mutuellement *ad conservandam, non ad augendam obligationem*, dire qu'il ne peut pas être opposé aux autres obligés (6).

2765. γ. Lorsque le serment déféré au débiteur principal

(1) L. 28, D., *De jurej.*, XII, 2. — Pothier, *Oblig.*, n. 918 (édit. Dupin, I, p. 533).

(2) V. tit. II du livre III du projet, art. 254, al. 2, Fenet, XIII, p. 45, Locré, XII, p. 130.

(3) Cpr. Demolombe, XXX, n. 674; Laurent, XX, n. 277.

(4) Larombière, VII, p. 352 (art. 1365, n. 8, al. 4); Demolombe, XXX, n. 682, *in fine*.

(5) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 310, Locré, XII, p. 415, n. 228, al. 3 et 4.

(6) Duranton, XIII, n. 605; Larombière, VII, p. 353 (art. 1365, n. 8).

est prêté par lui, la caution est libérée ; pareillement, le serment déféré à la caution sur la réalité de la dette profite au débiteur principal. *Jusjurandum in locum olutionis succedit,* dit la loi romaine (1). C'est le même motif que Bigot-Préameneu donne à la disposition de l'art. 1365, al. 3 et 5 (2).

IV. *Refus de prêter serment ou de le référer.*

2766. Aux yeux de la loi, celui qui refuse de prêter ou de référer le serment avoue le bien-fondé de la prétention de son adversaire, *pro confesso habetur.* C'est un des cas les plus remarquables d'aveu tacite. *Manifestæ turpitudinis et confessionis est,* disait la loi romaine, *nolle nec jurare nec jusjurandum referre* (3).

Le refus de prêter serment ou de le référer produit des effets analogues à ceux de la prestation. Ainsi il ne profite qu'à la partie qui l'a déféré et ne nuit qu'à celle qui a refusé, ou à leurs héritiers et ayants cause.

D'autre part, de même que la partie qui a déféré le serment ne saurait, quand celui-ci a été prêté, en démontrer la fausseté et attaquer la prestation, de même, au cas de refus de serment, celle qui l'a refusé n'a pas le droit de prouver la vérité du fait sur lequel le serment lui avait été déféré.

2767. Lorsque le refus émane de l'un des créanciers solidaires, le débiteur n'est libéré que pour la part de ce créancier ; il n'y a pas de doute à cet égard (4).

Si le débiteur refuse de prêter le serment déféré par l'un des créanciers solidaires, ce refus profite aux autres créanciers (5).

Mais, lorsque le refus émane de l'un des codébiteurs solidaires, nuit-il aux autres codébiteurs ? Le principe, que les codébiteurs solidaires ne se représentent pas les uns les autres

(1) L. 28, § 4, D., *De jurej.*, XII, 2.
(2) *Loc. cit.*
(3) L. 38, D., *De jurej.*, XII, 2.
(4) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 194 ; Larombière, VII, p. 352 (art. 1365, n. 8, al. 2) ; Demolombe, XXX, n. 682, al. 4, 5 et 6.
(5) Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Larombière, VII, p. 352 (art. 1365, n. 8, al. 3) ; Demolombe, XXX, n. 682.

pour aggraver l'obligation, nous conduit à dire que le refus du serment par l'un de ces codébiteurs n'est pas opposable aux autres (1).

De même, en matière de cautionnement, le serment refusé par la caution ou par le débiteur principal n'aura pas d'effet contre l'autre (2).

Lorsque le serment a été provoqué par l'un des codébiteurs solidaires, par le débiteur ou par la caution, le refus de serment de la part du créancier profite aux autres débiteurs solidaires, à la caution ou au débiteur principal, dans les cas où le serment prêté leur eût profité s'il leur avait été déféré ou référé (3).

§ II. *Du serment déféré d'office.*

2768. « *Le juge peut déférer à l'une des parties le serment,* » *ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seule-* » *ment pour déterminer le montant de la condamnation* ». Art. **1366.**

D'après cette disposition, le serment déféré d'office par le juge est de deux espèces. — Tantôt il est déféré pour suppléer à l'insuffisance des preuves. C'est le serment que les Romains appelaient *jusjurandum judiciale;* il prit dans la législation du moyen-âge le nom de *supplétif* ou *supplétoire,* qui exprime assez bien son caractère d'application. — Tantôt il est déféré sur la valeur de la chose qui fait l'objet du procès, lorsqu'on ne peut pas la restituer en nature ni en constater autrement la valeur. A Rome, on le nommait alors *jusjurandum in litem;* de notre ancienne pratique française, il reçut la qualification de *serment en plaids.* De nos jours, on l'a encore appelé *serment estimatoire* (4).

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Larombière, VII, p. 352 *in fine* (art. 1365, n. 8); Demolombe, XXX, n. 684.

(2) *Sic* Duranton, XIII, n. 604; Aubry et Rau, Demolombe, *loc. cit.;* Larombière, VII, p. 354 (art. 1365, n. 8); Demolombe, XXX, n. 685. — *Contra* Troplong, *Du cautionn.,* n. 513; Ponsot, *Du cautionn.,* n. 560.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Larombière, VII, p. 354 (art. 1365, n. 8).

(4) Zachariæ, édit. Massé et Vergé, III, p. 534.

1. *Du serment supplétif ou supplétoire.*

A. *Conditions de sa délation.*

2769. La délation du serment supplétoire est soumise d'abord aux deux conditions qu'indique l'art. 1367 : « *Le juge » ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit » sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes : il faut, — 1° Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ; — 2° Qu'elle ne soit » pas totalement dénuée de preuves. — Hors ces deux cas, le » juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la » demande* ».

Cette disposition signale une des différences les plus profondes qui existent entre le serment supplétoire et le serment décisoire. Le serment décisoire est valablement déféré, quel que soit l'état des preuves, qu'elles soient nulles ou complètes (art. 1363) (1). Le serment supplétif n'est au contraire qu'un moyen d'instruction, ordonné par le juge avant de rendre sa sentence (2). En conséquence, la loi le repousse comme inutile, lorsque le fait contesté est pleinement prouvé (art. 1319, 1322, 1352, 1356), et comme insuffisant quand la demande ou l'exception n'est pas fortifiée par un commencement de preuve (3).

2770. Mais en quoi doit consister ce commencement de preuve ? Lorsqu'il s'agit d'un fait susceptible d'être prouvé directement par témoins, le juge est arbitre souverain du caractère et du degré du commencement de preuve (4). Si au

(1) V. *supra*, n. 2748 I.

(2) V. *infra*, n. 2778-2779.

(3) V. une intéressante application dans Pau, 11 août 1903, S., 1903. 1. 309. — Le serment supplétoire ne peut être déféré, même en matière commerciale, que si la demande ou l'exception n'est pas complètement dénuée de preuves. Civ. cass., 15 avril 1885, S., 87. 1. 15, D. P., 85. 1. 413. — Civ. rej., 26 oct. 1886, S., 87. 1. 153, D. P., 87. 1. 105.

(4) On ne saurait voir un commencement de preuve résultant d'un aveu et autorisant la délation du serment supplétif, dans les explications données par la partie appelée devant le juge de paix sur avertissement, en vertu de l'art. 2 de la loi du 2 mai 1855, alors qu'aucun procès-verbal de cette comparution n'a été dressé, que les dires des parties n'avaient été mentionnés dans aucun acte, dans aucun écrit, et n'étaient attestés que par les souvenirs du juge de paix; ces souvenirs, qui

contraire la preuve testimoniale du fait contesté n'est pas admissible en vertu des art. 1341 et 1348, le commencement de preuve doit remplir toutes les conditions énumérées par l'art. 1347. Cette proposition est contestée ; elle est pourtant la conséquence nécessaire des principes. La preuve commencée, imparfaite, exigée pour la validité de la délation du serment, ne peut provenir que de ces trois sources : un écrit, des dépositions de témoins, que le juge n'a pas trouvées assez probantes, et enfin des présomptions de fait, qui ne sont pas assez graves, assez précises et assez concordantes pour faire preuve complète. Cela posé, dans les hypothèses où la preuve testimoniale n'est pas admise, le juge ne peut puiser le commencement de preuve dans la déclaration d'un témoin, puisqu'il ne peut pas légalement en entendre; il n'a pas non plus le droit de le prendre dans des présomptions de fait, puisqu'elles ne sont pas admissibles dans les cas où le témoignage est lui-même exclu. Art. 1353. Conséquemment le commencement de preuve ne saurait alors consister qu'en un écrit. En un mot, quand la loi dit que le juge ne peut déférer le serment d'office qu'autant que la demande n'est pas totalement dénuée de preuves, elle entend parler évidemment de preuves légalement admissibles; or, au-dessus de 150 fr., la preuve testimoniale et les présomptions ne sont pas, en principe, légalement admissibles. Il s'ensuit que, lorsque la preuve testimoniale n'est pas admissible sans commencement de preuve par écrit, l'appréciation, par le juge du fait, du commencement de preuve exigée pour la délation du serment supplétoire, peut être soumise au contrôle de la cour de cassation (1).

échappaient à l'appréciation du juge d'appel, ne peuvent pas servir à établir un aveu judiciaire. Req., 29 février 1904, S., 1905. 1. 92.

(1) Toullier, X, n. 409, 411; Bonnier, *op. cit.*, n. 440; Marcadé, V, sur l'art. 1367, II; Zachariæ, § 764, note 1 *in fine;* Colmet de Santerre, V, n. 313 *bis;* Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 360; Larombière, VII, p. 362-364 (art. 1367-1368, n. 3); Demolombe, XXX, n. 693, 694 et 698; Laurent, XX, n. 285; Arntz, III, n. 450; Huc, VIII, n. 370; Hudelot et Metman, *Des oblig.*, 3e édit., n. 781. — Civ. cass., 6 juin 1883, S., 83. 1. 342, D. P., 83. 1. 454. — Paris, 6 mai 1890, D., *Suppl. au Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 2221-4°. — Besançon, 29 juin 1892, D. P., 93. 2. 255. — Civ. cass., 10 fév. 1896, S., 96. 1. 72, D. P., 96. 1. 351. — V. aussi Req., 29 déc. 1879,

2770 I. A la nécessité d'un commencement de preuve par écrit, tel que le définit l'art. 1347, la loi, nous l'avons vu, apporte une exception dans l'art. 1329, relatif à la force probante des livres de commerce : quand il s'agit de fournitures faites par un commerçant à un non commerçant, le juge peut déférer le serment supplétoire au premier si la demande de celui-ci s'appuie sur des livres de commerce régulièrement tenus. Et cependant, ici, l'écrit invoqué comme commencement de preuve émane de celui qui l'invoque (1).

Mais les livres de commerce irrégulièrement tenus, c'est-à-dire non cotés, paraphés et visés conformément aux prescriptions de l'art. 11 C. co., ne sauraient faire foi en faveur de ceux qui les ont tenus. Le serment supplétoire ne peut donc pas être déféré au commerçant dont les livres sont irréguliers (2).

Si le demandeur, dans le cas où l'intérêt du litige excèderait la somme de 150 francs, ne produisait, à l'appui de sa réclamation, que ses registres et papiers domestiques, le serment supplétoire ne pourrait pas lui être déféré, car la demande serait totalement dénuée de preuve. L'article 1331, ainsi que nous l'avons fait observer, n'ajoute pas pour les registres et papiers domestiques, comme le fait l'article 1329 pour les livres de commerce, « sauf ce qui sera dit à l'égard du serment » (3).

Aux termes de l'art. 17 C. com. : « Si la partie, aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie ». Cette disposition consacre simplement une règle de droit commun en matière commerciale, car, en principe, la preuve testimoniale y est admissible sans commencement de preuve par écrit. Le refus de produire les livres de commerce implique d'ailleurs l'aveu que la prétention de l'autre partie serait justifiée par les mentions portées sur ces livres. Toutefois, à la différence de Jousse, d'après qui le juge devait, dans cette hypothèse,

S., 81. 1. 127, D. P., 80. 1. 375. — Civ. rej., 26 oct. 1886, *loc. cit.* — Req., 29 fév. 1904, D. P., 1904. 1. 248. — V. *supra*, n. 2614.

(1) V. *supra*, n. 2423-2425.

(2) Rouen, 31 déc. 1897, D. P., 99. 2. 344.

(3) V. *supra*, n. 2433.

déférer le serment à l'adversaire, l'art. 17 donne au juge une faculté.

2771. Le serment supplétif, comme le serment décisoire, ne peut être déféré qu'à « l'une des parties » ; l'article 1366 le dit formellement (1). Le serment supplétif ne saurait donc être déféré à une personne qui n'est pas partie en cause, par exemple au mari qui ne figure dans l'instance que pour autoriser sa femme (2).

2772. Mais le serment supplétoire peut être déféré à l'une ou à l'autre des parties. Au juge seul il appartient de décider quelle est celle qui, par sa probité, mérite qu'on fasse appel à sa conscience (3), sauf dans le cas où le législateur désigne lui-même l'une d'elles (4). Toutefois il convient que le juge défère plutôt le serment à la partie qui produit les documents les plus probants, et, toutes choses égales, au défendeur (5).

2773. Le serment supplétif, comme le serment décisoire, ne saurait, quand la partie à laquelle il a été déféré est décédée avant la prestation, être considéré comme prêté (6). On doit se prononcer ainsi, lors même que cette partie ne serait décédée qu'après avoir accepté le serment. En effet, comme l'a fait observer la cour de Chambéry, dans un arrêt du 21 mars 1879, « jusqu'au moment où celui qui est appelé à faire cette affirmation solennelle l'a prononcée, il peut en être empêché ou par le cri de sa conscience ou par ses souvenirs plus exactement consultés » (7).

(1) Jugé que le serment supplétif ne peut être déféré ni au fils de l'une des parties (Bruxelles, 4 avril 1822, *Pasicr.*, 1822, p. 99), ni à sa femme (Chambéry, 14 juil. 1866, S., 67. 2. 149, D. P., 66. 2. 207).

(2) V. cep. Civ. rej., 10 mai 1842, S., 42. 1. 635, D. P., 42. 1. 223. D'après cet arrêt le serment supplétif peut être déféré au mari sur un fait à lui personnel, bien qu'il ne soit dans l'instance que pour autoriser sa femme.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 831 ; Toullier, X, n. 412-415 ; Duranton, XIII, n. 616 ; Bonnier, *op. cit.*, 441 ; Boncenne, *Procéd. civ.*, II, p. 502 ; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 361 ; Larombière, VII, p. 368-369 (art. 1367-1368, n. 12) ; Demolombe, XXX, n. 708 ; Laurent, XX, n. 292.

(4) V. art. 17 C. com. — Duranton, XIII, n. 619 ; Bonnier, *op. cit.*, n. 441 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*

(5) Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit.* ; Demolombe, XXX, n. 709.

(6) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 364 ; Larombière, VII, p. 378 *in fine* (art. 1367-1368, n. 24, al. 3) ; Demolombe, XXX, n. 721 ; Laurent, XX, n. 295.

(7) S., 79. 2. 300, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2216.

2773 I. Le serment supplétoire, de même que le serment décisoire, peut être déféré en toute matière, personnelle ou réelle. Il faut toutefois excepter les causes qui intéressent l'ordre public, car elles ne peuvent pas plus être décidées par une déclaration des parties qu'elles ne peuvent être l'objet d'une transaction. Cette réserve est relative notamment aux questions de paternité et de filiation, de divorce, de séparation de corps, de nullité de mariage (1).

2774. Le serment supplétoire, pas plus que le serment décisoire, ne peut être déféré sur une question de droit, mais seulement sur une question de fait. C'est ce qu'a décidé la chambre des requêtes, par un arrêt du 14 février 1898 (2). Mais il ne saurait y avoir là matière à difficulté. Le juge, d'après l'art. 1367, défère le serment quand *la demande ou l'exception n'est pas pleinement justifiée et qu'elle n'est pas totalement dénuée de preuves.* Ces derniers mots supposent un débat sur une question de fait.

2775. On enseigne en général que le serment supplétif peut, à la différence du serment décisoire, porter sur des faits non personnels à la partie qui est appelée à le prêter, lorsqu'elle déclare avoir connaissance de ces faits (3). Telle est également la décision de la jurisprudence (4). Mais il faut, d'après nous, se prononcer en sens contraire. Le serment d'office, comme le serment décisoire, constitue un appel à la conscience ; or cet appel ne peut avoir lieu qu'à propos de faits personnels à la partie à laquelle il s'adresse. Dire que le serment supplétoire peut être déféré à la partie qui déclare simplement avoir connaissance des faits, c'est admettre dans notre hypothèse, comme le fait observer Laurent,

(1) Cpr. *supra*, n. 2735 I.

(2) Sol. implic., S., 1902. 1. 12, D. P., 98. 1. 112.

(3) Toullier, X, n. 420; Marcadé, V, sur l'art. 1366, II; Zachariæ fils, *Dissertation*, *Rev. de dr. franç. et étrang.*, 1845, II, p. 211 s.; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 361 *in fine;* Larombière, VII, p. 366 *in fine* (art. 1367-1368, n. 8); Démolombe, XXX, n. 705.

(4) Req., 8 déc. 1832, S., 33. 1. 113, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5333-1°; 14 fév. 1898, S., 1902. 1. 12, D. P., 98. 1. 112. — V. aussi Civ. rej., 19 nov. 1878, S., 79. 1. 12, D. P., 80. 1. 63. — V. cependant Alger, 29 déc. 1902, *Mon. jud. Lyon*, 3 mars 1904.

une sorte de serment de crédibilité. Or un pareil serment, ayant un caractère exceptionnel, ne saurait être étendu à un cas non prévu par le législateur (1).

2776. Il faut, sans doute, que les faits sur lesquels le serment supplétif est déféré soient tels qu'il doive en résulter quelque renseignement de nature à corroborer les preuves déjà fournies; il faut, en un mot, que ces faits soient *relevants;* mais il n'est point nécessaire qu'ils soient *décisifs;* car le serment supplétif, à la différence du serment décisoire, n'est pas destiné à entraîner par lui-même la décision du litige, mais seulement à fournir un élément de preuve qui viendra s'ajouter à d'autres (2).

2777. Le serment supplétif, comme le serment décisoire, ne peut être déféré que devant la juridiction civile, commerciale ou arbitrale. Il ne saurait donc l'être devant la juridiction administrative (3) ou criminelle. Des raisons d'intérêt public s'y opposent.

Ainsi le juge n'a pas la faculté, en simple police, en police correctionnelle ou en cour d'assises, quand il y a une partie civile, de déférer ce serment à l'une ou à l'autre des parties. Cette solution se justifie pour le serment supplétif de la même manière que pour le serment décisoire (4).

Mais, quand l'action en dommages-intérêts est portée, séparément de l'action pénale, devant un tribunal civil, le juge, bien que le fait qui sert de base à la demande constitue une contravention, un délit ou un crime, peut déférer le serment d'office sur l'existence même de ce fait (5).

(1) Laurent, XX, n. 291, al. 2, p. 325. — V. Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Serment*, sect. III, § 2, n. 8. — V. *supra*, n. 2738 I.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 362, texte et note 14; Larombière, VII, p. 366-367 (art. 1367-1368, n. 8); Demolombe, XXX, n. 703; Laurent, XX, n. 291 *in fine*. — Cpr. Civ. rej., 10 mai 1842, S., 42. 1. 635, D. P., 42. 1. 223. — Le serment supplétoire n'a de force probante qu'autant qu'il vient compléter, en les corroborant, d'autres preuves qui, par elles-mêmes, ne sont pas suffisantes. Pau, 11 août 1903, *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 580, *Droit*, 19 oct. 1903, *Loi*, 14 oct. 1903.

(3) *Sic* Larombière, VII, p. 370 (art. 1367-1368, n. 16). — *Contra* Cabantous, *Droit administratif*, p. 290; Chauveau, *Code d'instruction administrative*, I, p. 322; Bazille, *Procédure administrative*, p. 123.

(4) V. *supra*, n. 2744. — V. aussi Larombière, VII, p. 371 (art. 1367-1368, n. 10, al. 2).

(5) Larombière, même n., al. 3.

Ajoutons que le serment supplétoire peut être déféré en tout état de cause, c'est-à-dire tant qu'il n'a pas été rendu une décision ayant l'autorité de la chose jugée.

B. *Autorité du serment supplétif.*

2778. C'est surtout à ce point de vue que le serment supplétif diffère profondément du serment décisoire. A la base de la prestation de ce dernier serment il y a une convention qui constitue une espèce de transaction. Le serment supplétif ne présente au contraire rien de conventionnel ni de transactionnel; c'est une simple mesure d'instruction ordonnée par le juge indépendamment de la volonté des parties et qui sert à préparer le jugement (1).

2779. De là découlent les conséquences suivantes :

1° Le tribunal qui a déféré un serment supplétif n'est pas lié, et peut toujours revenir sur son jugement qui n'a que le caractère d'un interlocutoire (2).

2° Il n'est même pas lié quand ce serment a été prêté, et il reste libre de n'y pas conformer sa sentence (3);

3° L'art. 1363 ne s'applique pas au serment supplétif: l'adversaire peut donc, lorsque le serment a été prêté, en établir la fausseté (4);

4° Lorsque la partie interpellée de jurer refuse, le juge n'est pas tenu de la condamner (5).

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 362-4°; Larombière, VII, p. 372 (art. 1367-1368, n. 17); Demolombe, XXX, n. 692 et 711; Laurent, XX, n. 293.

(2) Bonnier, *op. cit.*, n. 444; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 362 *in fine*: Larombière, VII, p. 373 (art. 1367-1368, n. 19); Demolombe, XXX, n. 715 *bis*; Laurent, XX, n. 296; Huc, VIII, n. 371; Thiry, III, n. 188-1°. — Civ. rej., 10 déc. 1823, S. chr., VII. 1. 352. — Toulouse, 3 juil. 1827, S., 28. 2. 110, S. chr., VIII. 2. 385.

(3) Demolombe, *loc. cit.*

(4) Mourlon, III, n. 1659-2°; Zachariæ, § 764, texte et note 8; Colmet de Santerre, V, n. 345 *bis*; Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 363, texte et note 20; Larombière, VII, p. 377 (art. 1367-1368, n. 22); Demolombe, XXX, n. 713; Laurent, XX, n. 297, al. 2; Thiry, III, n. 188-2°. — Cpr. Crim. rej., 20 janv. 1843, S., 43. 1. 659. — Toutefois la solution donnée ci-dessus ne devrait pas être admise si la partie avait acquiescé au jugement qui a déféré le serment à son adversaire. Quant au point de savoir dans quel cas elle doit être considérée comme ayant acquiescé à ce jugement, la question est controversée. V. Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 363; Larombière, VII, p. 373-376 (art. 1368-1369, n. 20); Demolombe, XXX, n. 714-715; Laurent, XX, n. 298, al. 2.

(5) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 262; Larombière, VII, p. 377 *in fine* et p. 378

5° Le serment supplétif n'a pas d'autorité par lui-même; il emprunte toute sa force, toute son autorité à celle du jugement. Il aura, par conséquent, le même sort et sera anéanti avec lui. Ainsi, sur l'appel, la cour peut réformer le jugement de première instance, sans que la fausseté du serment ait été préalablement prouvée; elle pourrait même, pour s'éclairer, le déférer à l'autre partie (1).

II. *Du serment en plaids ou* in litem.

2780. L'art. 1369 indique les conditions qui sont exigées pour l'application de ce serment : « *Le serment sur la valeur » de la chose demandée, ne peut être déféré par le juge au » demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur. — Le juge doit même, en ce cas, » déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le » demandeur en sera cru sur son serment* ».

Le serment *in litem,* ayant pour objet de déterminer la valeur de la chose demandée, suppose que la restitution de cette chose ne peut plus avoir lieu en nature, car, s'il en était autrement, c'est la chose elle-même qui devrait être restituée.

On ne saurait énumérer les divers cas où le juge est autorisé à déférer le serment supplétif; comme principaux exemples, nous citerons le cas de dépôt nécessaire proprement dit ou de dépôt d'hôtellerie, les cas où des objets confiés à un voiturier ont été perdus, où une chose a été volée. Disons d'une façon générale, avec Larombière, que le serment supplétif peut être déféré toutes les fois qu'il s'agit « de spoliation, de rétention frauduleuse ou de tout autre acte, de bonne ou de mauvaise foi, qui oblige le défendeur à une réparation » (2).

2780 I. Le juge peut-il, s'il ne possède pas les éléments

(art. 1367-1368, n. 23); Demolombe, XXX, n. 720; Laurent, XX, n. 293; Huc, VIII, n. 371 *in fine.*

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 928 (édit. Dupin, I, p. 539); Toullier, X, n. 424; Duranton, XIII, n. 613 et 623; Marcadé, V, sur l'art. 1368, III; Aubry et Rau, 4e édit., VIII. p. 363; Larombière, VII, p. 376-377 (art. 1367-1368, n. 21-22); Demolombe, XXX, n. 716; Laurent, XX, n. 297.

(2) Larombière, VII, p. 382 (art. 1369, n. 3). — V. aussi Demolombe, XXX, n. 724; Laurent, XX, n. 301; Huc, VIII, n. 372, p. 489.

nécessaires pour l'évaluation qu'il est tenu de faire, recourir à une enquête par commune renommée? La doctrine est unanime dans le sens de l'affirmative. La preuve par la commune renommée, il est vrai, étant exceptionnelle, ne saurait être admise que dans les cas déterminés par la loi [1]. Mais la décision des auteurs sur notre question spéciale n'est nullement contraire à ce principe. Ils disent, en effet, non point que la commune renommée peut être admise comme preuve directe de la valeur de la chose demandée, mais simplement comme un moyen d'instruction permettant au juge de se procurer des indications utiles pour l'estimation que la loi lui impose. Alors qu'il peut, sans avoir cherché à s'éclairer préalablement, fixer un chiffre arbitraire, pourquoi ne pourrait-il pas en faire autant après avoir tenté de se renseigner par un procédé imparfait [2]?

2781. Le serment *in litem* présente le même caractère que le serment supplétoire : c'est un moyen d'instruction servant à préparer le jugement définitif. Il a donc la même autorité et entraîne les mêmes conséquences.

De là plusieurs déductions :

1° Le juge n'est pas lié par la fixation qu'il a faite de la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment. Il peut donc, soit avant, soit même après la prestation de serment, augmenter ou diminuer le chiffre par lui déterminé, si l'une ou l'autre des parties établit que ce chiffre doit être modifié [3].

2° A plus forte raison le juge d'appel est-il autorisé, nonobstant la prestation du serment, à diminuer le montant de la condamnation, si la partie condamnée démontre qu'elle est exagérée [4].

(1) V. *supra*, n. 2651 III.

(2) Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Serment*, sect. III, § 2, n. 16; Toullier, X, n. 440; Zachariæ, § 735, texte et note 4, Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 365; Larombière, VII, p. 386 (art. 1369, n. 10); Demolombe, XXX, n. 728; Laurent, XX, n. 302; Huc, VIII, n. 372, p. 488 *in fine*.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 365; Larombière, VII, p. 387 (art. 1369, n. 11); Demolombe, XXX, n. 729; Laurent, XX, n. 304; Huc, VIII, n. 372 *in fine*.

(4) Favard de Langlade, *op.* et v° *cit.*, sect. III, § 2, n. 18; Aubry et Rau, 4e édit.,

3° Le serment *in litem* ne peut pas être référé par la partie à laquelle il a été déféré [1].

2782. Néanmoins, à trois points de vue, le serment *in litem* diffère du serment supplétoire : — 1° Celui-ci est déféré sur le fait même de la demande ou de l'exception, c'est-à-dire sur le fond du procès; tandis que la délation du serment *in litem* ne peut porter que sur la valeur de la chose contestée; — 2° le serment supplétoire n'est valablement déféré qu'autant que la demande ou l'exception n'est pas pleinement justifiée ni totalement dénuée de preuves. La délation du serment *in litem* suppose au contraire que la demande est complètement prouvée; seulement le juge n'a pas les éléments suffisants pour arbitrer lui-même la valeur de la chose réclamée; — 3° Le serment supplétoire peut être déféré au demandeur ou au défendeur, au gré du juge, tandis que le serment *in litem* ne peut l'être qu'au demandeur [2].

VIII, p. 366; Larombière, VII, p. 387 *in fine* (art. 1369, n. 11, dern. al.); Demolombe, Laurent, Huc, *loc. cit.;* Thiry, III, n. 189 *in fine.*

[1] Bonnier, *op. cit.,* n. 438 *in fine;* Zachariæ, § 739, texte et note 4; Larombière, VII, p. 387 (art. 1369, n. 11, al. 2); Laurent, *loc. cit.*

[2] Laurent, XX, n. 300.

DES

ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT

SANS CONVENTION

(Livre III, titre IV du Code civil).

2783. Aux termes de l'art. 1370, al. 1 : « *Certains engage-* » *ments se forment sans qu'il intervienne aucune convention,* » *ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui* » *envers lequel il est obligé* ».

Il eût été plus exact de dire : *entre celui qui s'oblige et celui envers lequel il est obligé.*

Notre législateur a divisé les obligations en deux grandes catégories : 1° obligations conventionnelles, dont il s'est occupé dans le titre III ; 2° obligations non conventionnelles, dont il est traité dans le titre IV (voyez la rubrique de ce titre et l'alinéa 1 de l'art. 1370). Cette division peu scientifique paraît correspondre à l'importance relative des sources d'où dérivent les obligations : on a consacré un titre tout entier (titre III) aux obligations qui dérivent de la source la plus importante, le contrat, et on a relégué dans un autre (titre IV), sous la dénomination générique d'*engagements,* toutes les obligations dérivant des autres sources, qui sont secondaires, du moins si on les envisage au point de vue de leur fécondité (1).

2784. Le législateur subdivise les obligations de la deuxième

(1) Larombière, VII, p. 389 (art. 1370, n. 1) ; Laurent, XX, n. 305. — Cpr. Demolombe, XXXI, n. 31.

classe, les *engagements,* pour emprunter l'expression de l'art. 1370, en deux catégories : « *Les uns* », dit le second alinéa de cet article, « *résultent de l'autorité seule de la loi; les autres* » *naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé* ».

2785. α. — *Engagements résultant de l'autorité seule de la loi.* La volonté des parties n'y est pour rien; ils se forment *involontairement.* Le législateur ne s'en occupe pas spécialement dans le titre IV; il ne fait que les indiquer dans l'alinéa 3 de l'art. 1370, ainsi conçu : « *Les premiers sont les engage-* » *ments formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée* ».

= *Tels que ceux entre propriétaires voisins.* On peut citer comme exemples l'obligation, dont est tenu le propriétaire d'un mur joignant immédiatement l'héritage voisin, d'en céder la mitoyenneté au propriétaire de ce dernier héritage qui la réclame, ou encore l'obligation dont est tenu le propriétaire d'un fonds de fournir passage au fonds voisin qui se trouve enclavé. Art. 651.

On pourrait, il est vrai, dire, par argument des art. 639 et 649, que ces charges constituent, non pas des obligations, mais des servitudes légales, ce qui présente de l'intérêt au point de vue de la compétence (1).

= *Ou ceux des tuteurs et autres administrateurs* QUI NE PEUVENT REFUSER LA FONCTION QUI LEUR EST DÉFÉRÉE. Car, s'ils pouvaient la refuser, leur engagement résulterait, non de la loi, mais d'un fait personnel et volontaire, l'acceptation de la fonction, par conséquent d'un quasi-contrat.

Le texte que nous venons de transcrire ne fait que citer des exemples d'obligations légales. On peut ajouter l'obligation alimentaire établie par les art. 203 à 211 et l'obligation que l'art. 389 impose au père, durant le mariage, d'administrer les biens personnels de son enfant mineur.

2786. β. — *Engagements résultant d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.* Ce fait peut être licite ou illicite.

(1) Huc, VIII, n. 374, p. 493.

S'il est licite, on est dans l'hypothèse du *quasi-contrat*. C'est ainsi que le quasi-contrat de gestion d'affaire naît de ce fait que quelqu'un a volontairement géré l'affaire d'autrui, d'un fait licite par conséquent.

Si le fait est illicite, on est dans l'hypothèse du *délit* ou dans celle du *quasi-délit :* — du délit, si le fait illicite a été accompli avec intention de nuire ; exemple : le vol ; — du quasi-délit, si l'intention de nuire n'existe pas : tel est le cas d'un dommage causé à autrui par maladresse ou imprudence. Nous venons d'analyser l'art. 1370, alinéa final, ainsi conçu : « *Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui* » *qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou* » *des délits ou quasi-délits; ils font la matière du présent* » *titre* ».

= *D'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.* Il eût été plus exact de dire : *d'un fait personnel à l'une des parties;* car, dans certains cas, l'obligation peut résulter d'un fait personnel au créancier. C'est ce qui arrive dans le quasi-contrat de gestion d'affaires ; ce quasi-contrat prend naissance par suite du fait du gérant, et, comme on le verra bientôt, il peut faire naître une obligation à son profit. Art. 1375, Aussi l'art. 1371, définissant le quasi-contrat, dit-il qu'il est un fait purement volontaire *de l'homme,* rectifiant ainsi ce que la formule de l'art. 1370 a d'inexact (1).

2787. En résumé, le Code civil divise les obligations en deux classes : obligations conventionnelles, obligations non conventionnelles. Ces dernières, que le législateur désigne sous la dénomination générique d'*engagements,* naissent, soit de l'autorité seule de la loi (obligations légales), soit d'un fait personnel à l'une des parties. Si ce fait est licite, on est dans l'hypothèse du quasi-contrat ; s'il est illicite, on est dans celle du délit ou du quasi-délit.

Ainsi, dans le système du législateur, il y a, en définitive, comme nous l'avons déjà dit (2), cinq sources des obligations :

(1) Marcadé, V, sur l'art. 1370, IV ; Colmet de Santerre, V, n. 347 *bis*-I ; Larombière, VII, p. 390-392 (art. 1370, n. 2 et 3) ; Demolombe, XXXI, n. 10 ; Bufnoir, *Propriété et contrat,* p. 779-780. — V. *infra,* n. 2788.

(2) V. notre tome I, n. 5.

1° le contrat ; 2° le quasi-contrat ; 3° le délit ; 4° le quasi-délit ; 5° la loi.

Cette dernière catégorie ne comprend que les obligations résultant, comme le dit l'art. 1370, *de l'autorité seule de la loi*, c'est-à-dire celles que la loi *crée* sans qu'il existe aucun fait personnel de l'une des parties, et non celles dont elle se borne à reconnaître l'existence, celles qu'elle se borne à *sanctionner* comme résultant du fait personnel de l'une des parties ; car alors toutes les obligations, même celles résultant des contrats, seraient des obligations légales. En un mot, toutes les obligations dérivent de la loi, les unes médiatement, les autres immédiatement ; mais ce sont ces dernières seules qui constituent des obligations légales d'après la terminologie du Code civil.

Cette classification est critiquée avec raison. Il conviendrait de ne reconnaître que deux sources d'obligations : l'accord des volontés du créancier et du débiteur, et la loi. En d'autres termes, il faudrait distinguer seulement les obligations contractuelles et les obligations légales. Qu'importe que, dans ces prétendues sources d'obligations que le Code appelle quasi-contrats, délits et quasi-délits, on trouve un fait personnel de l'une des parties ? Il n'en est pas moins vrai que la cause génératrice des obligations y consiste dans la volonté du législateur. La personne qui gère l'affaire d'autrui ou qui commet une faute dommageable pour un tiers, n'a certainement pas l'intention de s'obliger. La seule source qu'on puisse assigner à son obligation, c'est la loi. L'idée de quasi-contrat est particulièrement critiquable. Aucun fait n'a un caractère *presque contractuel*. Ceux que l'on désigne sous le nom de quasi-contrats ne sont nullement comparables à des contrats. En effet, les obligations y prennent naissance indépendamment de tout accord de volontés, et même, du moins dans certains cas, sans la volonté du débiteur. Ces faits sont, par conséquent, dépourvus de l'élément qui est de l'essence même des contrats [1].

[1] V., pour la critique de la classification légale, Larombière, VII, p. 390-392 (art. 1370, n. 2 et 3) ; Demolombe, XXXI, n. 25-28, et surtout Planiol, *Classification des sources des obligations, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXXIII (1904), p. 224-237. — Cpr. Bufnoir, *op. cit.*, p. 455.

CHAPITRE PREMIER

DES QUASI-CONTRATS

2788. « *Les quasi-contrats sont les faits purement volon-* » *taires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque* » *envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque* » *des deux parties* ». Ainsi s'exprime l'art. 1371.

Nous savons que le fait qui engendre le quasi-contrat peut émaner de l'une ou de l'autre des parties : l'art. 1371, nous l'avons dit, rectifie sur ce point ce qu'il y a d'inexact dans l'art. 1370, al. 2 et 4 (1). Il faut ajouter : 1° que ce fait doit être licite, autrement la définition conviendrait aussi bien au délit et au quasi-délit qu'au quasi-contrat; 2° que le fait licite doit être autre qu'une convention (2).

Remarquons, en outre, que le législateur a tort de définir les quasi-contrats des faits *volontaires*. Les obligations, en effet, n'y sont pas produites par la volonté des auteurs de ces faits. C'est la loi qui les crée. La volonté de l'une des parties intervient, il est vrai, mais elle ne porte que sur un fait matériel. Il n'y avait donc pas lieu de la viser dans la définition de cette source d'obligations que le législateur appelle des quasi-contrats (3).

Au surplus, les rédacteurs du Code, en adoptant l'expression de *quasi-contrats,* ont travesti le langage des jurisconsultes romains. Ceux-ci ne disaient point que, parmi les sources des obligations, figuraient des faits analogues aux contrats ou aux délits. Ils disaient, en se plaçant au point de vue des effets des obligations, que certaines d'entre elles devaient être considérées comme nées de délits ou de contrats (4).

(1) V. *supra,* n. 2786 *in fine.*

(2) V. Pothier, *Oblig.,* n. 113; Bufnoir, *op. cit.,* p. 783.

(3) Bufnoir, *op. cit.,* p. 800, 801 *in fine* et 802; Planiol, *op. cit., Rev. crit. de législ. et de jurispr.,* XXXIII (1904), p. 228.

(4) Ducaurroy, *Institutes expliquées,* III, n. 1086; Demolombe, XXXI, n. 5; Bufnoir, *op. cit.,* p. 452 *in fine* et p. 453, p. 482 *in fine,* p. 487; Planiol, *op. cit., Rev. crit. de législ. et de jurispr.,* XXXIII (1904), p. 226, et *Tr. élément. de dr. civ.,* II, 1re édit., n. 844 *in fine,* 2e et 3e édit., n. 808 *in fine.*

2789. Le Code civil ne mentionne que deux quasi-contrats : la gestion d'affaire et le paiement de l'indû. Cependant les auteurs enseignent en général qu'il en existe d'autres [1]. Ils citent notamment : 1° l'administration par un copropriétaire, qui n'a pas reçu mandat des autres à cet effet, de la chose qui leur appartient en commun sans qu'il y ait société entre eux, *si res sit communis sine societate* (quasi-contrat de communauté) [2]; 2° l'acceptation par un tuteur d'une tutelle *qu'il aurait pu refuser;* car, s'il s'agissait d'une tutelle imposée, l'obligation du tuteur résulterait de la loi, et non d'un quasi-contrat [3]; 3° l'acceptation d'une hérédité, car elle oblige l'héritier ou le légataire universel envers les légataires [4].

Laurent pense, au contraire, qu'il n'existe pas d'autre quasi-contrat que la gestion d'affaire et le paiement de l'indû : « A notre avis, dit cet auteur, il ne peut pas y avoir de quasi-contrat sans loi, puisque le principe des obligations qui en résultent se trouve dans la loi. Un fait, par lui seul, ne saurait engendrer d'obligation sans l'autorité du législateur. Vainement invoque-t-on l'équité : l'équité est étrangère au droit, en ce sens que, par elle seule, elle ne crée ni droit ni obligation. Telle est aussi l'opinion de Tarrible dans le discours qu'il a prononcé, au nom du Tribunat, sur notre titre; il dit qu'il n'y a que deux quasi-contrats : la gestion d'affaires et le paiement de l'indû. Nous devons ajouter que le rapporteur du Tribunat dit le contraire. Du reste, ni l'un ni l'autre ne motivent l'opinion qu'ils énoncent » [5].

[1] Toullier, XI, n. 112; Marcadé, V, sur l'art. 1371, II; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 721; Larombière, VII, p. 400 (art. 1371, n. 6); Demolombe, XXXI, n. 39; Planiol, II, 1re édit., n. 849, 2e et 3e édit., n. 813. — Nous devons toutefois relever une différence dans la manière dont ces auteurs s'expriment. Après avoir cité les deux quasi-contrats dont le législateur s'occupe, Toullier ajoute : « Il y en a *beaucoup* d'autres », et Larombière : « Il y en a *une foule* d'autres... On comprend qu'il en existe *beaucoup* d'autres ». Mais, d'après Demolombe : « Peut-être ces formules sont-elles un peu absolues ». Et M. Planiol enseigne que : « Les quasi-contrats sont *peu nombreux* ». Nous sommes de ce dernier avis.

[2] Aubry et Rau, Larombière, Demolombe, *loc. cit.*

[3] Marcadé, Larombière, Demolombe, *loc. cit.*

[4] Larombière, Demolombe, Planiol, *loc. cit.* — V. aussi Pothier, *Oblig.*, n. 113, al. 2. — Cpr. Marcadé, V, sur l'art. 1371, II, al. 3 s.

[5] XX, n. 309, dern. al.

L'opinion de Laurent ne nous paraît pas fondée. Avant de parler spécialement de la gestion d'affaire et du paiement de l'indû, le législateur, dans l'art. 1371, définit les quasi-contrats, et il le fait en se plaçant à un point de vue général. Il en résulte qu'il faut considérer comme des quasi-contrats tous les faits juridiques présentant les caractères indiqués dans la définition légale (1).

Peut-être toutefois pourrait-on se refuser avec raison à voir un quasi-contrat dans certains des exemples donnés par les auteurs.

SECTION PREMIÈRE

DE LA GESTION D'AFFAIRE

2790. Un de mes amis s'est absenté pour un long voyage, oubliant de pourvoir au règlement de divers intérêts qui se trouvent aujourd'hui en souffrance. Je fais pour lui ce que je voudrais qu'il fît pour moi en pareille circonstance : la toiture de sa maison a été endommagée par un ouragan, je traite en son nom avec un ouvrier pour qu'il la répare; un de ses créanciers, dont la créance est exigible, se dispose à exercer contre lui des poursuites rigoureuses, je paie en son nom... Telle est la conception classique de la gestion d'affaire.

Celui qui entreprend cette gestion porte le nom de *gérant*, et on donne le nom de *maître* à celui pour le compte de qui elle est entreprise.

Le quasi-contrat de gestion d'affaire fait naître entre les parties des obligations analogues à celles qui résulteraient d'un contrat de mandat; leur situation respective est à peu près la même que si ce dernier contrat était intervenu entre elles. Le mandat est donc le type sur lequel est calquée la gestion d'affaire, idée qne les jurisconsultes romains exprimaient en disant qu'elle est la figure du mandat.

En un mot, il y a quasi-contrat de gestion d'affaire lorsqu'on gère spontanément, c'est-à-dire sans mandat, l'affaire d'autrui.

(1) Demolombe, même numéro, p. 36. — Cpr. Bufnoir, *op cit.*, p. 783 *in fine*, p. 787.

2791. Une partie de la doctrine moderne a élargi la notion de la gestion d'affaire; dans l'ancienne théorie, l'intervention du gérant avait toujours pour but de conserver un bien ou de sauvegarder un droit figurant déjà dans le patrimoine de l'intéressé. Aujourd'hui on admet qu'il y a encore gestion d'affaire lorsqu'une personne fait acquérir un droit à une autre, ce qui revient à dire que la stipulation pour autrui rentre dans la gestion d'affaire (1).

Mais, selon nous, il faut distinguer les deux opérations. Le gérant d'affaire a la volonté ferme de rendre service au propriétaire. Dès qu'il agit, le bénéfice de son acte est définitivement acquis à l'intéressé. Au contraire, celui qui stipule pour autrui, entend rester maître de la situation; il peut, en révoquant avant que le tiers accepte, enlever à celui-ci l'avantage stipulé (2). Cette faculté de révocation ne saurait se concilier avec l'idée de gestion d'affaire (3).

§ I. *Des conditions requises pour la gestion d'affaire.*

I. *De l'intention des parties.*

2792. Il y a gestion d'affaire « lorsque *volontairement* on gère l'affaire d'*autrui* », dit l'art. **1372**. Il ne saurait donc être question de gestion d'affaire lorsqu'on est obligé par la loi de prendre en mains les intérêts d'une autre personne.

Il est évident, d'autre part, qu'ici le consentement proprement dit, c'est-à-dire l'accord des volontés, n'est pas nécessaire, ou plutôt que la gestion d'affaire en est exclusive, car, dans le cas où l'on consent à administrer les biens d'un autre, il y a mandat, et non simplement gestion d'affaire (4).

(1) Planiol, II, n. 2274.

(2) V. notre tome I, n. 168.

(3) Rappelons que, dans la théorie à laquelle nous avons cru devoir nous rallier, l'assurance sur la vie au profit d'un tiers déterminé est une application de la stipulation pour autrui et non de la gestion d'affaire. V. notre tome I, n. 193. — Une très importante controverse s'est élevée sur le point de savoir si l'assurance collective, contractée par un patron au profit de ses ouvriers, constitue une gestion d'affaire, une stipulation pour autrui ou un contrat *sui generis*, particulier au patron et à la compagnie d'assurances. V. Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, art. 1375, n. 76-112.

(4) Demolombe, XXXI, n. 56; Laurent, XX, n. 320; Huc, VIII, n. 376, p. 496-497.

Le quasi-contrat que nous étudions suppose non seulement qu'on gère volontairement, mais aussi qu'on a la volonté de gérer l'*affaire d'autrui* (1). Quand cette condition fait défaut, le gérant peut, selon nous, avoir l'action *de in rem verso*, mais non l'action *negotiorum gestorum* (2). Croyant gérer ma propre affaire, je gère celle de Pierre. Par exemple, je me crois appelé à la succession de Jean, et j'administre en conséquence le patrimoine laissé par celui-ci. Or je ne suis qu'héritier apparent, et, plus tard, je suis évincé par Pierre, véritable héritier. Aurai-je contre ce dernier l'action *negotiorum gestorum?* La question est discutée. En faveur de l'affirmative, on invoque l'équité ; mais celle-ci est suffisamment sauvegardée, du moment que j'aurai le droit d'exercer l'action *de in rem verso*, et, à l'appui de la négative, on peut faire valoir cet argument décisif qu'il n'y avait chez moi aucune intention de gérer l'affaire d'autrui, que, peut-être même, je n'aurais point géré si j'avais su n'être pas intéressé dans l'affaire (3).

2793. La gestion d'affaire supposant qu'on a la volonté de gérer l'affaire d'autrui, s'ensuit-il que ce quasi-contrat ne saurait prendre naissance lorsque je gère l'affaire de *Primus*, croyant gérer celle de *Secundus?* Non, l'art. **1372** n'exige point qu'on gère l'affaire d'une personne déterminée, mais seulement celle d'*autrui*. Or il en est ainsi dans notre hypothèse, et, par suite, les actions de la gestion d'affaire doivent naître de part et d'autre (4). Telle était, d'ailleurs, la doctrine de Pothier (5).

(1) Demolombe, XXXI, n. 75-77.

(2) Grenoble, 8 janvier 1886, *Journ. des arr. de Grenoble*, 1886, p. 227.

(3) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 349 *bis*-V ; Larombière, VII, p. 449-450, (art. 1375, n. 16) ; Demolombe, XXXI, n. 82 ; Laurent, XX, n. 324 ; Arntz, III, n. 460, al. 2 ; Huc, VIII, n. 376 *in fine ;* Thiry, III, n. 193 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 786, *in fine ;* Planiol, *loc. cit.* — Cpr. Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 725 *in fine* et p. 726, texte et note 17. — *Contra* Marcadé, V, sur l'art. 1375, III. — Cpr. Duranton, XIII, n. 648.

(4) Toullier, XI, n. 22 et 23 ; Colmet de Santerre, V, n. 349 *bis*-VI ; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 723 ; Larombière, VII, p. 407 (art. 1372-1373, n. 7) ; Demolombe, XXXII, n. 79 ; Laurent, XX, n. 325 ; Arntz, III, n. 460, al. 3 ; Huc, VIII, n. 376, p. 497. — Cpr. Planiol, II, n. 2277-2°, texte et note.

(5) Pothier, *op. cit.*, n. 194 (édit. Dupin, IV, p. 303).

2794. Supposons qu'une personne ait agi tout à la fois dans son intérêt et dans celui d'un tiers, aura-t-elle contre celui-ci l'action de gestion d'affaire? Oui, car, si elle a entendu gérer sa propre affaire, elle a eu aussi l'intention de gérer celle d'autrui, et cela suffit pour que l'exigence de la loi soit satisfaite (1). Il convient de donner cette solution alors même que le gérant a voulu avant tout faire sa propre affaire (2). Mais il appartient aux juges de déterminer équitablement la part d'indemnité qui doit être mise à la charge du tiers, et, bien entendu, le fardeau de la preuve incombe au gérant, puisqu'il joue le rôle de demandeur (3).

2795. Parlant des obligations du gérant d'affaire, l'art. 1372 dit qu'elles naissent « *soit que le propriétaire connaisse la gestion,* soit qu'il l'ignore ». L'explication de ce texte soulève une difficulté. Lorsque le maître connaît la gestion, peut-il y avoir gestion d'affaire proprement dite ? N'y a-t-il pas alors mandat ? La question est embarrassante, car d'après la plupart des auteurs, le mandat peut être tacite (4). Ne doit-on pas admettre en conséquence qu'il peut résulter de la connaissance qu'avait l'intéressé de la gestion entreprise pour son compte? Telle était la doctrine des jurisconsultes romains et de Pothier : « Toutes les fois que je fais, au vu et su de quelqu'un, quelqu'une de ses affaires, disait Pothier, il est censé, par cela seul, intervenir entre nous un contrat de mandat, par lequel il me charge de cette affaire. Cela est conforme à cette règle de droit : *Semper qui non prohibet aliquem pro se intervenire, mandare creditur,* L. 60, D., *De reg. jur.* » (5). Cependant l'art. 1372 dit formellement qu'il peut y avoir gestion d'affaire même quand le propriétaire connaît la gestion. Pour concilier cette proposition avec la possibilité du mandat tacite, il faut dire qu'à la différence du droit romain et de notre ancien droit, le Code ne fait pas

(1) Laurent, XX, n. 322. — Cpr. Req., 18 juin 1872, D. P., 72. 1. 471.

(2) Bourges, 5 juillet 1905, *Gaz. Trib.*, 1905, 2me semestre, 1. 419, *Mon. jud. Lyon*, 16 septembre 1905.

(3) Bourges, 5 juillet 1905, précité.

(4) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mandat...*, n. 481.

(5) *Tr. du contr. de mandat*, n. 29 (édit. Dupin, IV, p. 222).

résulter le mandat de ce simple fait que le maître connaît la gestion. Aujourd'hui on doit distinguer : Le maître approuve-t-il la gestion dont il a la connaissance? on est dans le cas du mandat tacite. Au contraire, il y aura seulement quasi-contrat de gestion d'affaire, si le maître, ayant connaissance de la gestion, la subit plutôt qu'il ne l'approuve. C'est là une question de fait à résoudre par le juge en cas de contestation. Il devra avant tout examiner si le propriétaire a eu le temps et le moyen de s'opposer à la gestion, car, en cas de négative, on ne saurait admettre qu'il a donné son adhésion (1).

Au surplus, dans une certaine hypothèse, il y a simplement gestion d'affaire bien que le maître connaisse et approuve la gestion. Il en est ainsi lorsqu'il est incapable de donner un mandat (2).

2796. Si le quasi-contrat de gestion d'affaire suppose essentiellement que la partie intéressée n'a ni provoqué, ni même approuvé par anticipation les actes du gérant, elle suppose également que cette partie ne s'y est pas opposée. En cas d'opposition de sa part, le gérant n'a pas contre elle l'action *negotiorum gestorum contraria.*

A-t-il, du moins, l'action *de in rem verso ?* Nous le croyons. Quelques auteurs objectent qu'en s'immisçant dans l'affaire d'autrui malgré la défense formelle de l'intéressé, le gérant n'a pu avoir d'autre intention que celle de gratifier celui-ci; que, tout au moins, dans notre cas, le gérant doit être considéré comme ayant renoncé à l'action en répétition. Nous répondons que le législateur n'a établi nulle part une pareille présomption et qu'en fait les donations et les renonciations ne se présument pas. La partie intéressée ne saurait, en

(1) Marcadé, V, sur les art. 1372-1374, II; Colmet de Santerre, V, n. 349 *bis*-III; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 637, texte et note 2; Guillouard, *Du mandat,* n. 48; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du mandat,* n. 483; Pic, *Dissertation* dans D., 99. 2. 412, note 1-6 *in fine;* Arntz, III, n. 462 *in fine.* — Req., 29 fév. 1876 (sol. impl.), S., 76. 1. 215, D. P., 76. 1. 382. — Cpr. Mourlon, II, 1667; Larombière, VII, p. 412-417 (art. 1372, n. 13-15); Demolombe, XXXI, 65-66; Arntz, III, n. 462 *in fine;* Thiry, III, n. 193, p. 216. — V. encore en sens divers Duranton, XIII, n. 644; Laurent, XX, n. 311; Vigié, II, n. 1775 *in fine;* Huc, n. 377, p. 499 et n. 500.

(2) Planiol, II, n. 2273 *in fine.*

désavouant le gérant, acquérir le droit de s'enrichir sans cause aux dépens de celui-ci (1).

2797. Lorsqu'un mandataire excède les limites de son mandat ou agit contrairement à son mandat, il ne peut plus y avoir qu'une gestion d'affaire (2).

Il en est de même lorsque celui qui a commencé à gérer en exécution d'un mandat, continue à le faire après que ce mandat a pris fin. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, si le mandat a été révoqué en vue d'en interdire la continuation au mandataire, les actes d'immixtion ultérieurs ne sauraient constituer une gestion d'affaire (3).

2798. L'intervention du *negotiorum gestor* est déterminée, sans doute, par un sentiment de bienveillance à l'égard du maître; mais elle n'en est pas moins un acte à titre onéreux. Si la personne qui gère entend faire une libéralité, il n'y a pas, à proprement parler, gestion d'affaire, ou, si l'on préfère, le quasi-contrat de gestion d'affaire, en ce qui regarde la situation faite au gérant, est alors imparfaite (4). A ce point de vue, il sera quelquefois très difficile de dire quelle a été l'intention de ce dernier.

Les donations et renonciations ne se présumant pas, l'action en répétition ne pourra être refusée au gérant que s'il est démontré qu'il a entendu ne pas demander le remboursement de ses impenses.

Il est toutefois des circonstances de fait qui sont de nature

(1) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 349 *bis*-IV; Larombière, VII, p. 454-456 (art. 1375, n. 24); Demolombe, XXXI, n. 88-89. — Cpr. Troplong, *Du cautionnement*, n. 329; Mourlon, *De la subrogation*, n. 207 s. — *Contra* Toullier, XI, n. 55; Favard, *Répert.*, v° *Quasi-contrat*, n. 7; Duranton, XIII, n. 19; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 726, texte et note 19.

(2) Pothier, *Tr. du mandat*, n. 177; Troplong, *Du mandat*, n. 75; Delamarre et Lepoitvin, *Du cont. de commission*, I, n. 128; Larombière, VII, p. 406 (art. 1372 et 1373, n. 3, al. 3); Demolombe, XXXI, n. 72; Laurent, XX, n. 319, — Notre idée n'est point, d'ailleurs, que toutes les fois qu'un mandataire excède ses pouvoirs, il fait une gestion d'affaire. V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du contr. aléat., du mandat...*, n. 777 s.

(3) Delamarre et Lepoitvin, *loc. cit.*; Demolombe, XXXI, n. 70.

(4) L. 4, L. 27, § 1, L. 44, D., *De negot. gest.* — Pothier, *Tr. du quasi-contrat negotiorum gestorum*, n. 196 (édit. Dupin, IV, p. 310); Larombière, VII, p. 120 (art. 1372-1373, n. 19); Demolombe, XXXI, n. 84; Laurent, XX, n. 323, al. 2. — Limoges, 20 fév. 1900, *Rec. Riom*, 1900-1901, p. 255.

à établir cette intention, par exemple le degré de parenté existant entre le gérant et le maître; la belle fortune du gérant, alors que le maître est pauvre; la modicité des frais de gestion; l'absence de réclamation pendant de longues années depuis que ces frais ont été faits; l'omission de ces frais dans des comptes antérieurs réglés par le maître et par le gérant. Ces circonstances auront naturellement d'autant plus de force qu'elles seront groupées en plus grand nombre (1).

II. *De la capacité des parties.*

2799. Ceux auxquels la loi ne permet pas de s'obliger par un contrat sont à plus forte raison incapables de s'obliger par un quasi-contrat dans lequel ils jouent le rôle actif; car il impliquerait contradiction que celui qui ne peut pas s'obliger en unissant sa volonté à celle d'autrui, pût s'obliger par sa volonté seule. Ainsi les obligations résultant du quasi-contrat de gestion d'affaire ne prendront pas naissance à la charge du mineur qui aurait volontairement géré l'affaire d'autrui.

Le mineur pourra seulement en ce cas être recherché, s'il y a lieu, par l'action *de in rem verso,* qui est fondée sur ce principe d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (2).

Il devrait en outre être déclaré responsable des délits ou des quasi-délits qu'il aurait commis dans sa gestion. Arg. art. **1310** (3).

2800. Le quasi-contrat de gestion d'affaire ne peut donc prendre naissance qu'autant que le gérant est capable de s'obliger. Mais faut-il aussi que le maître ait cette capacité?

(1) Larombière, *loc. cit.;* Demolombe, XXXI, n. 85.

(2) *Sic* Delvincourt, II, p. 162 et 163; Colmet de Santerre, V, n. 347 *bis*-II; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 722, texte et note 1; Demolombe, XXXI, n. 94-95; Laurent, XX, n. 312; Arntz, III, n. 457, 2°; Huc, VIII, n. 379; Planiol, II, n. 2278; Bufnoir, *op. cit.,* p. 792 *in fine,* p. 794-799 (voir ce dernier auteur pour l'examen approfondi). — *Contra* Toullier, XI, n. 39-40; Duranton, XIII, n. 662-663; Zachariæ, § 441; Valette, *Cours de Code civil,* I, p. 366; Larombière, VII, p. 432-434 (art. 1374, n. 9); Guénée, *De la capacité de s'obliger dans les quasi-contrats, Rev. crit. de législ. et de jurispr.,* XVI, 1887, p. 329 à 337.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, XXXI, n. 95 *in fine;* Laurent, XX, n. 312 *in fine;* Huc, VIII, n. 379, al. 3; Planiol, *loc. cit.* — Cpr. Req., 5 juin 1877, S., 77. 1. 308, D. P., 78. 1. 107.

Assurément non : car, si l'incapable ne peut pas s'obliger par son fait, rien ne s'oppose à ce qu'il soit obligé par celui d'autrui [1]. Ainsi la gestion, par une personne capable, de l'affaire d'un interdit donnera certainement naissance au quasi-contrat de gestion d'affaire [2].

L'exécution des obligations nées d'une gestion d'affaire à la charge d'une femme mariée peut-elle être poursuivie sur les biens dotaux de celle-ci ? C'est dans le *Traité du contrat de mariage* que doit trouver place l'examen de cette question [3].

§ II. *Des obligations qu'engendre le quasi-contrat de gestion d'affaire.*

2801. Le quasi-contrat de gestion d'affaire peut faire naître des obligations à la charge des deux parties.

Pour reproduire la terminologie romaine, il peut engendrer l'action *negotiorum gestorum directa* et l'action *negotiorum gestorum contraria.*

Les obligations corrélatives dont nous allons parler ressemblent beaucoup aux obligations réciproques du mandant et du mandataire, ce qui s'explique facilement puisque la gestion d'affaire est l'imitation du mandat.

Il nous faudra toutefois relever entre les unes et les autres plusieurs différences.

Rappelons ici que, nonobstant les termes généraux de l'art. 1348 (« Cette exception s'applique, 1° *aux obligations qui naissent des quasi-contrats...* »), les créances qui résultent de la gestion d'affaire ne peuvent être prouvées par témoins

[1] Pothier, *Tr. du quasi-contrat negot. gest.*, n. 173 et 224, al. 6 (édit. Dupin. IV, p. 299 et p. 324); Merlin, *Répert.*, v° *Quasi-contrat*, n. 5; Favard, *Répert.*, v° *Quasi-contrat*, n. 8; Toullier, XI, n. 39; Zachariæ, § 441, texte et note 8; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 723 *in fine*; Larombière, VII, p. 453 *in fine* et p. 454 (art. 1375, n. 23); Demolombe, XXXI, n. 100; Laurent, XX, n. 312; Aubry, III, n. 457, 1°; Guénée, *op. cit.*, *Rev. crit. de législ. et de jurisp.*, XVI, 1887, p. 337 à 339; Huc, VIII, n. 380; Thiry, III, n. 191, al. 4; Bufnoir, *op. cit.*, p. 791-792; Planiol, II, n. 2282.

[2] Aix, 20 déc. 1888, S., 90. 2. 25 (note de M. Naquet en sens conforme).

[3] V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contr. de mar.*, III, n. 1680.

que lorsqu'il a été impossible de les constater par écrit [1].

Nous étudierons séparément les obligations du gérant et celles du maître.

I. *Des obligations du gérant.*

2802. L'idée générale est contenue dans le dernier alinéa de l'art. **1372** : « *Il* (le gérant) *se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire* ». Toutefois les obligations du gérant d'affaire et celles du mandataire ne sont pas absolument les mêmes. Pothier disait simplement que l'obligation du *negotiorum gestor* a « beaucoup de ressemblance avec celle du mandataire » [2]. Au point de vue des obligations du gérant, la gestion d'affaire ne doit pas être assimilée complètement au mandat. On peut, en effet, à cet égard relever entre ces deux faits juridiques certaines différences. Nous allons les rencontrer en étudiant les trois obligations que la loi mentionne comme incombant au *negotiorum gestor,* à savoir : 1° l'obligation de continuer la gestion commencée ; 2° celle d'apporter à cette gestion tous les soins d'un bon père de famille ; 3° celle de rendre compte.

2803. α « ... *Celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même* ». Art. **1372**. Le législateur ne veut pas que le maître ait à souffrir de l'inconstance du gérant. On ne doit pas s'immiscer dans les affaires d'un autre lorsqu'on n'est pas décidé à s'en occuper aussi longtemps que cela sera nécessaire. Souvent, d'ailleurs, il vaut mieux ne pas entreprendre une affaire que l'abandonner après l'avoir entreprise. La disposition de la loi est d'autant plus sage qu'en se chargeant de la gestion, le gérant a peut-être empêché une autre personne de prendre en mains les intérêts du maître [3].

L'art. **1372** ajoute : « *Il* (le gérant) *doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire* ». En

(1) V. *supra,* n. 2623.
(2) *Tr. du quasi-contr. negotiorum gestorum,* n. 200 (édit. Dupin, IV, p. 313).
(3) V. Treilhard, *Exp. des motifs,* Fenet, XIII, p. 466, Locré, XII, p. 29, n. 6.

d'autres termes, le gérant doit accomplir toutes les opérations accessoires qui sont la suite nécessaire ou seulement naturelle de l'opération principale par lui entreprise [1]. Il appartient aux juges du fond de déterminer à cet égard, d'après les circonstances du fait, l'étendue de l'obligation du gérant [2].

2804. L'art. 2003 dispose que la mort du mandant met fin au mandat, et, d'après l'art. 1991, c'est seulement *s'il y a péril en la demeure* que le mandataire est tenu d'achever la chose commencée au décès du mandant. Il n'en est pas de même en matière de gestion d'affaire : « *Il* (le gérant) *est obligé de continuer sa gestion, encore que le maître vienne à mourir avant que l'affaire soit consommée, jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction* ». Art. 1373. Du moment que le législateur s'exprime en termes absolus, cette obligation existe lors même qu'il n'y a pas péril en la demeure. Les exigences de la loi sont plus grandes à l'égard du gérant, parce que c'est lui qui a pris l'initiative de la gestion, tandis que le mandataire a déféré à une prière du mandant. D'ailleurs, le mandat, étant un contrat, dérive de la volonté du mandant, et il est naturel, en conséquence, que le décès de celui-ci la fasse disparaître en même temps que cette volonté. La gestion d'affaire, quasi-contrat, ne dérive pas de la volonté du maître; elle peut donc survivre à ce dernier. Cependant il n'était pas inutile d'écrire la disposition de l'article 1373, car, la gestion d'affaire étant entreprise en considération de la personne du maître, on aurait pu en conclure que la mort de cette personne devait y mettre fin [3].

2805. La gestion d'affaire finit-elle par la mort de celui qui s'en était chargé? Les textes ne prévoient pas la question. Il est évident que l'obligation de rendre compte passe aux héritiers du gérant [4]. Mais celle de continuer la gestion leur est-elle également transmise? Tout le monde est d'avis qu'elle

(1) *Op. cit.*, n. 201.

(2) Larombière, VII, p. 425 (art. 1372-1373, n. 26); Demolombe, XXXI, n. 131.

(3) Marcadé, V, sur les art. 1371 à 1374, I, al. 2; Larombière, VII, p. 426-427 (art. 1326 à 1327, n. 30); Demolombe, XXXI, n. 138; Planiol, II, n. 2276.

(4) Pothier, *op. cit.*, n. 216.

s'éteint, et, sur ce point, la doctrine n'a jamais varié [1]. Si les héritiers du gérant prennent en mains les intérêts du maître, il y aura un nouveau quasi-contrat de gestion d'affaire [2]. Toutefois, lors même qu'ils entendent s'abstenir, ils doivent s'occuper de tout ce qui est une suite nécessaire de la gestion entreprise par leur auteur et prévenir le maître pour qu'il ait lui-même à pourvoir à l'administration de ses affaires [3].

2806. β. En second lieu, aux termes de l'art. 1374, al. 1 : « *Il* (le gérant) *est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille* ». Ce n'est là qu'une application de la théorie de la faute contractuelle, qui, formant le droit commun en matière de faute, concerne, ainsi que nous l'avons expliqué, aussi bien les obligations nées des quasi-contrats que celles engendrées par des contrats [4].

L'art. 1374 ajoute, dans son second alinéa : « *Néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages-intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant* ». Par exemple, quand celui-ci s'est chargé d'une affaire qui était en souffrance et dont il était le seul à vouloir s'occuper, il sera tenu moins rigoureusement que si d'autres avaient été prêts à entreprendre cette gestion.

2807. L'art. 1882 dispose que : « Si la chose prêtée périt par cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre ». L'application de ce texte ne doit pas être étendue au *negotiorum gestor,* ni, d'ailleurs, au mandataire. A l'égard de ceux-ci, en effet, les motifs de cette disposition n'existent pas. La gestion d'affaire, qui, au surplus, est gratuite, est entreprise dans l'intérêt exclusif du maître, tandis que le commodat profite seulement à l'emprunteur [5].

(1) Pothier, *op. cit.*, même n. *in fine*.
(2) Pothier, *op. cit.*, n. 217.
(3) Larombière, VII, p. 426 (art. 1372-1373, n. 29); Demolombe, XXXI, n. 140-141.
(4) V. notre tome I, n. 358.
(5) Larombière, VII, p. 431 (art. 1374, n. 5); Demolombe, XXXI, n. 154.

Toutefois si, en principe, le gérant n'est point tenu de sacrifier sa propre chose pour sauver celle du maître, sa responsabilité, lorsqu'il n'a pas pris ce parti, peut, à raison des circonstances, être engagée. Il en est ainsi dans le cas où la valeur de la chose du maître était considérable tandis que celle de sa propre chose était minime. Il devait donner la préférence à la première de ces choses, sauf à se faire indemniser par le maître en vertu de la disposition de l'art. 1375 (1).

2808. Il n'est pas douteux que, dans ses rapports avec le maître, le gérant est responsable des fautes et des négligences du mandataire qu'il s'est substitué dans sa gestion. Du moment qu'il a chargé ce mandataire de gérer en son lieu et place, la gestion de celui-ci est réputée la sienne, par application de la règle : *Qui mandat, ipse fecisse videtur* (2).

Mais, en outre, le maître a, de son chef, contre ce mandataire, l'action de gestion d'affaire, et il peut également exercer contre lui, au nom du gérant, l'action de mandat, en vertu de l'art. 1166 (3).

2809. « *Quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte,* dit l'art. 1995, *il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée* » (4). Ainsi, dans le cas prévu par ce texte, les mandataires ne sont pas tenus solidairement. Le même principe est applicable, à plus forte raison, lorsque plusieurs personnes ont géré, sans procuration, l'affaire du maître.

Observons que déjà notre ancien droit écartait la solidarité dans ce dernier cas, bien qu'à la différence de notre législation actuelle, il l'admît entre les mandataires constitués par un même acte (5).

Si la faute commune aux divers gérants constituait un délit ou un quasi-délit, ils seraient tenus, non pas solidairement, mais *in solidum* (6).

(1) Larombière, Demolombe, *loc. cit.*
(2) Pothier, *Tr. du quasi-contrat neg. gest.*, n. 214, al. 2 et 3.
(3) Larombière, VII, p. 432 (art. 1374, n. 8) ; Demolombe, XXXI, n. 155.
(4) V. notre tome II, n. 1191.
(5) Pothier, *op. cit.*, n. 215.
(6) Demolombe, XXXI, n. 156, al. 2 et 3. — V. aussi notre tome II, n. 1301. — Cpr. Larombière, VII, p. 438 *in fine* et p. 439 (art. 1374, n. 17).

2810. γ. Enfin le gérant doit rendre compte de sa gestion. Ce point n'est pas spécialement réglé par la loi; mais peu importe! L'obligation de rendre compte est la conséquence forcée de toute administration de la chose d'autrui. D'ailleurs l'art. 1372, dern. al., porte, comme nous l'avons vu, que le gérant est soumis « à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès ». Or, aux termes de l'art. 1993 : « Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion ». Cette obligation incombe donc aussi au gérant d'affaire.

Celui-ci doit procéder à la reddition de compte dans les formes ordinaires, avec pièces justificatives à l'appui (1). Il est comptable notablement de tout ce qu'il a reçu ou dû recevoir, pour le compte du maître, en argent, valeurs ou actions contre des tiers. Il doit, par conséquent, faire figurer dans le chapitre des recettes le prix des denrées qu'il a vendues, le montant des loyers qu'il a touchés ou des créances qui lui ont été remboursées. Et même, si un tiers, se croyant par erreur débiteur du maître, avait payé entre les mains du gérant, celui-ci devrait faire raison de cette recette au maître, à moins qu'avant la ratification ou la réclamation de ce dernier il n'eût rendu au tiers ce qu'il en avait indûment reçu. L'art. 1993, qu'il ne faut pas hésiter à étendre au gérant, ajoute, en effet, que le mandataire est tenu « de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, *quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant* » (2).

2811. Le gérant d'affaire, avons-nous vu, « se soumet à *toutes les obligations* qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire ». Art. 1372, dern. al. On en conclut, quant aux sommes touchées pour le compte du maître, qu'il en doit l'intérêt à dater du jour où il les a employées à son usage. Telle est, en effet, la disposition de l'art. 1996 relativement au mandataire, et, pour que cette disposition ne fût pas applicable au *negotiorum gestor*, il

(1) V. pour les détails, Demolombe, XXXI, n. 159 s.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 212; Toullier, XI, n. 41; Larombière, VII, p. 436 (art. 1374, n. 13); Demolombe, XXXI, n. 162.

faudrait que, sur ce point, un texte spécial dérogeât au principe que nous venons de rappeler (1).

L'art. 1996 dit encore que si le mandataire n'a pas employé lesdites sommes à son usage, il en doit l'intérêt à dater du jour où il est mis en demeure. Avant la loi du 7 avril 1900, cette disposition constituait une dérogation à celle de l'art. 1153, d'après lequel une demande en justice était nécessaire pour faire courir les intérêts. Mais, par application de la règle posée dans l'art. 1372, dern. al., elle était, elle aussi, étendue par la plupart des auteurs au gérant d'affaire.

2812. Dans certains cas, nous le savons, celui qui a géré l'affaire d'un autre n'a pas contre l'intéressé l'action *negotiorum gestorum contraria*. Il en est ainsi notamment lorsqu'il croyait gérer sa propre affaire ou lorsqu'il entendait ne pas demander le remboursement de ses frais de gestion. Mais, dans ces divers cas, l'intéressé a, au contraire, l'action *negotiorum gestorum directa*. Il est inadmissible que la responsabilité du gérant soit supprimée ou réduite à raison de son erreur ou de son intention libérale, plus généralement de son fait personnel (2).

II. *Des obligations du maître.*

A. *Des obligations du maître indépendamment de toute ratification de sa part.*

2813. Le maître, alors même qu'il n'a pas ratifié la gestion, peut être tenu envers le gérant à diverses indemnités. L'action qui appartient alors à ce dernier est celle qu'on appelait en droit romain et dans notre ancien droit l'*actio negotiorum gestorum contraria :*

« *Le maître dont l'affaire a été bien administrée,* dit l'art.
» 1375, *doit remplir les engagements que le gérant a con-*

(1) Toullier, XI, n. 44 et 45; Duranton, XIII, n. 667; Colmet de Santerre, V, n. 352 *bis*-IV; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 723, texte et note 8; Demolombe, XXXI, n. 169; Laurent, XX, n. 326. — Nancy, 31 janv. 1833, S., 34. 2. 603, D. P., 34. 2. 172. — Civ. cass., 12 mai 1890, S., 90. 1. 468, D. P., 91. 1. 303. — V. cep. Larombière, VII, p. 451-452 (art. 1375, n. 19).

(2) Toullier, XI, n. 28; Larombière, VII, p. 120 (art. 1372-1373, n. 19); Demolombe, XXXI, n. 87. — V. aussi Pothier, *Tr. du quasi-contr. negot. gest.*, n. 194.

» *tractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements* » *qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou* » *nécessaires qu'il a faites* ». Ainsi la loi distingue trois obligations à la charge du maître. Il doit :

2814. 1° *Remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom.* Lorsque le gérant traite au nom du maître, il oblige celui-ci sans s'obliger personnellement. Le maître est donc alors tenu directement envers le tiers : « Le maître dont l'affaire a été bien administrée *doit remplir* les engagements que le gérant a contractés en son nom... », dit le texte précité. Par ces mots « *doit remplir* », le législateur a voulu exprimer la même idée que dans l'art. 1998, ainsi conçu : « Le mandant *est tenu d'exécuter* les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné ». Le gérant d'affaire représente le maître, de même que le mandataire représente le mandant.

Ainsi, mon ami étant absent et sa maison menaçant ruine, je vais trouver un architecte avec lequel je fais marché pour qu'il la répare, mais en lui expliquant bien que c'est au nom de l'absent que je parle et non au mien, que je n'entends nullement m'engager personnellement. Si l'architecte consent à traiter dans ces conditions, il aura action contre le propriétaire de la maison, mais non contre moi.

2815. 2° *Indemniser le gérant de tous les engagements personnels qu'il a pris.* Quelquefois le gérant, pour conclure une affaire qui intéresse le maître, aura été obligé de s'engager personnellement. Alors le maître devra *indemniser* le gérant, c'est-à-dire, ainsi que l'explique Pothier, lui procurer la décharge de son obligation, soit en lui rapportant la quittance du créancier, soit en se faisant accepter pour débiteur par le créancier au lieu et place du gérant [1].

2816. Le tiers envers lequel le gérant s'est personnellement obligé n'a pas d'action directe contre le maître, car il n'a pas traité avec ce dernier. Il ne peut agir contre lui qu'en vertu de l'art. 1166, c'est-à-dire en exerçant au nom du gérant l'action de celui-ci.

[1] *Tr. du quasi-contr. negotiorum gestorum*, n. 228 (édit. Dupin, IV, p. 325 *in fine*).

Cependant quelques auteurs, notamment Colmet de Santerre, soutiennent, au contraire, que, dans notre hypothèse, le tiers a une action directe aussi bien contre le maître que contre le gérant, par analogie de ce qui a lieu en cas de mandat, cette action évitant un recours du gérant contre le maître.

Mais, pour justifier cette dernière opinion, il faudrait commencer par établir que le tiers avec lequel le mandataire a traité en son nom personnel a, en effet, une action directe contre le mandant. Or cette proposition est généralement considérée comme erronée (1), et si l'action directe n'appartient pas au tiers en cas de mandat, elle ne saurait lui appartenir en cas de gestion d'affaire.

Du principe que nous avons posé découlent deux conséquences très importantes :

α. Le tiers envers lequel le gérant a pris un engagement personnel doit subir le concours des autres créanciers du gérant sur le produit de l'action de celui-ci.

β. Il ne saurait agir contre le maître quand l'action du gérant se trouve éteinte, notamment par paiement ou compensation (2).

2817. 3° *Rembourser au gérant toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites.* Ainsi le remboursement doit porter non seulement sur les dépenses nécessaires, mais encore sur les dépenses simplement utiles. On entend par dépenses nécessaires celles qu'il faut faire pour conserver la chose et qui s'imposent, par conséquent, à tout bon administrateur. Les dépenses utiles sont celles qui ont pour objet, non la conservation, mais seulement l'amélioration de la chose et que, par suite, le gérant pourrait à la rigueur se dispenser de faire, bien qu'il résulte des circonstances que, si le maître était présent, il les ferait.

(1) V. notamment Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 652; Pont, *Pet. contr.*, I, n. 1061; Laurent, XXVIII, n. 63; Guillouard, *Du mandat*, n. 192; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mandat...*, n. 899.

(2) *Sic* Taulier, IV, p. 584; Mourlon, II, n. 1666; Larombière, VII, p. 442-443 (art. 1375, n. 5); Laurent, XX, n. 332, al. 2. — Cpr. Demolombe, XXXI, n. 199-200. — *Contra* Marcadé, V, sur l'art. 1375, III; Colmet de Santerre, V, n. 354 *bis*-V.

Quant aux dépenses voluptuaires, c'est-à-dire de pur agrément, le gérant ne saurait en obtenir le remboursement. Il aurait cependant l'action *de in rem verso* si elles avaient procuré à la chose du maître une plus-value appréciable et subsistant au moment où le remboursement est demandé (1).

2818. Le maître n'est obligé par le fait du gérant qu'autant que l'affaire a été *bien administrée*. L'affaire est bien administrée lorsque le gérant a fait dans l'intérêt du maître ce qu'il était utile de faire. *Is enim,* disait Ulpien, reproduisant l'avis de Celse, *negotiorum gestorum habet actionem qui utiliter negotia gessit* » (2). Et Domat exprimait la même idée en ces termes : « Si celui qui a géré l'affaire d'un absent a fait des dépenses nécessaires ou utiles, et telles que l'absent lui-même aurait pu ou dû faire, il les recouvrera » (3).

Pour apprécier l'utilité ou l'inutilité des actes accomplis par le gérant, il faut se placer au moment où ses actes ont été faits, sans se préoccuper des événements postérieurs qui ont pu en faire disparaître l'utilité. *Sufficit si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium* (4). Ainsi, mon ami étant absent, je fais réparer à mes frais sa maison qui menace ruine ; puis la maison est détruite par le feu du ciel. Bien que cet événement ait fait disparaître l'utilité de la dépense, je n'en aurai pas moins droit au remboursement de mon impense, parce que l'acte de gestion que j'ai accompli était utile au moment où je l'ai entrepris. S'il en était autrement, personne ne voudrait entreprendre la gestion de l'affaire d'autrui (5).

Ainsi, pour que le maître soit obligé par le fait du gérant

(1) Demolombe, XXXI, n. 190.

(2) L. 10, § 1, D., *De neg. gest.*, III, V.

(3) *Lois civiles*, liv. II, tit. IV, sect. II, n. 1 (édit. Rémy, I, p. 447).

(4) L. 10, § 1, D., *eod. tit.*

(5) Pothier, *op. cit.*, n. 221 (édit. Dupin, IV, p. 321). — Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Quasi-contrat*, n. 7 ; Toullier, XI, n. 51 ; Duranton, XIII, n. 671 ; Marcadé, V, sur l'art. 1375, I ; Delamarre et Lepoitvin, I, n. 144 s. ; Colmet de Santerre, V, n. 354 *bis*-I ; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 725, texte et note 14 ; Larombière, VII, p. 445 (art. 1375, n. 9) ; Demolombe, XXXI, n. 184 et 188 ; Laurent, XX, n. 316 et 329 ; Arntz, III, n. 465 ; Vigié, II, n. 1685 ; Huc, VIII, n. 382 ; Thiry, III, n. 196 ; Planiol, II, n. 2280.

ou tenu de l'indemniser des engagements personnels qu'il a pris ou de lui rembourser les dépenses qu'il a faites, il faut que l'affaire ait été bien gérée. Le mandant, au contraire, est obligé par les actes qu'a accomplis le mandataire, et doit à celui-ci le remboursement de toutes les dépenses qu'il a faites, par cela seul qu'il a agi dans les limites de son mandat. Il n'y a pas à se préoccuper de savoir si l'opération accomplie par le mandataire devait ou non être profitable au mandant, si elle constituait ou non un acte de bonne gestion. C'est le mandant qui a dû se poser cette question et la résoudre avant de donner ses instructions au mandataire; celui-ci n'a qu'à s'y conformer. Cette première différence ressort de la comparaison des art. 1375 et 1999.

2819. Nous devons maintenant en indiquer deux autres :

Aux termes de l'art. 2002 : « Lorsque le mandataire a été » constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, » chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous » les effets du mandat ». Cette disposition qui déroge au droit commun, ne serait pas applicable au cas où la gestion aurait été entreprise pour une affaire commune à plusieurs personnes : chacune ne serait obligée envers le gérant que pour sa part. Il convient d'autant plus d'admettre cette solution que la solidarité existe seulement entre les mandants qui ont constitué le mandataire par le même acte (1). Il est évident que cette condition ne saurait se réaliser dans la gestion d'affaires (2).

2820. Signalons encore cette différence, qui est contestée. Les intérêts des avances faites par le mandataire courent de plein droit à son profit à dater du jour où ces avances ont été faites. Art. 2001. Au contraire, les intérêts des avances faites par le gérant ne lui sont dus qu'à compter de la sommation (art. 1153, modifié par la loi du 7 avril 1900).

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mandat*. n. 760, al. 3.

(2) Toullier, X, n. 48; Zachariæ, § 441, note 9; Delamarre et Lepoitvin, II. n. 334; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 725; Larombière, VII, p. 453 (art. 1375, n. 22); Pont, *Pet. contr.*, I, n. 1129; Demolombe, XXXI, n. 57 et 180; Laurent, XX. n. 315; Planiol, II, n. 2283. — Req., 11 fév. 1834, S., 34. 1. 713, D., *Rép. alph.*, v° *Mandat*, n. 377, 157-3°. — Civ. rej., 8 janv. 1862, S., 62. 1. 479, D. P., 63. 1. 75.

Il y avait sans doute de bonnes raisons pour accorder ici la même faveur au gérant qu'au mandataire [1]; mais le législateur ne l'a pas fait, et l'interprète n'a pas le droit de le faire à sa place. Appliquer par analogie l'art. 2001 au gérant d'affaire, c'est violer une de nos règles d'interprétation les plus sûres, la règle qui ne permet pas d'étendre une disposition exceptionnelle hors du cas spécial qu'elle prévoit. Les exceptions sont de droit étroit [2].

2820 I. Pour garantir le recouvrement des dépenses faites par lui à l'occasion des choses qu'il détient, le *negotiorum gestor* qui a utilement géré l'affaire d'autrui, a un droit de rétention sur ces choses [3]. Cette solution doit être admise alors même qu'on exige deux conditions pour l'existence du droit de rétention, car elles se rencontrent l'une et l'autre dans notre hypothèse. C'est, en effet, à l'occasion des choses détenues par le *negotiorum gestor* que la dette a pris naissance; il y a, comme dit la doctrine, *debitum cum re junctum*. De plus la créance à fin de restitution et l'action en remboursement ont la même origine [4]. Mais le droit de rétention ne saurait porter que sur les choses pour lesquelles il y a eu des

(1) C'est ce qu'a fait le C. civ. italien, art. 1144 *in fine* (V. traduct. Orsier, p. 246).

(2) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 354 *bis*-II; Larombière, II, p. 86 (art. 1153, n. 37) et VII, p. 451 (art. 1375, n. 17); Domenget, *Tr. du mandat*, II, n. 1337; Laurent, XX, n. 317 et 330; Huc, VIII, n. 383; Planiol, *loc. cit.* — Civ. rej., 7 nov. 1825, S. chr., VIII. 1. 208, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5471-1°, et v° *Prêt à intérêts*, n. 109-1°. — Lyon, 13 janv. 1849, S., 49. 2. 108, D. P., 49. 2. 218; 29 janv. 1870, S., 70. 2. 152, D. P., 70. 2. 92. — *Contra*, Duranton, XIII, n. 674; Marcadé, V, sur l'art. 1375, II *in fine*; Mourlon, II, n. 1666, *in fine*; Aubry et Rau, 4e édit., IV, 724, texte et note 12; Pont, *Pet. contr.*, I, n. 1098; Demolombe, XXXI, n. 171; Arntz, III, n. 465, dern. al. — Paris, 26 nov. 1864, joint à Req., 6 nov. 1865, S., 66. 1. 53, D. P., 66. 1. 252. — Pau, 30 nov. 1869, S., 70. 2. 85, D. P., 74. 5. 284. — Rennes, 12 fév. 1880, S., 81. 2. 53, D. P., 80. 2. 221. — Trib. civ. Lyon, 8 déc. 1897, *Mon. judic. Lyon*, 2 fév. 1898. — Civ. rej., 20 mars 1900, S., 1902. 1. 321, D. P., 1901. 1. 477. — V. aussi Civ. cass., 23 mars 1819, S. chr., VI. 1. 48, D., *Répert. alph.*, v° *Prêt à intér.*, n. 110, et v° *Avoués*, n. 125.

(3) Demolombe, XXXI, n. 179; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement, des priv. et hyp., et de l'expr. forcée*, I, n. 236; Planiol, II, n. 2521-9°. — Civ. cass., 25 janvier 1904, D. P., 1904. 1. 601, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 283, *Droit*, 12 juin 1904, *Loi*, 27 avril 1904, et, sur renvoi, Montpellier, 7 juin 1905, *Mon. jud. Lyon*, 23 mai 1906.

(4) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n. 233-234.

déboursés, et, par conséquent, si le gérant détient d'autres biens appartenant au maître, il n'a pas le droit de les retenir [1].

2821. En principe la gestion d'affaire est gratuite ; le gérant n'a pas droit à une rémunération : « Le mandat est gratuit », dit l'art. 1986. Or la gestion d'affaire, comme on l'a vu, est une imitation du mandat. L'art. 1986 ajoute, il est vrai : « ... *S'il n'y a convention contraire* »; et l'art. 1999 porte que le mandant doit payer au mandataire ses salaires *lorsqu'il en a été promis*. Mais, au cas de gestion d'affaire, il est impossible qu'il y ait promesse de salaires, car il n'y a pas accord de volontés. Aussi, d'après certains auteurs, le gérant ne pourrait avoir droit à des salaires que si un texte de loi lui en accordait. Or aucun texte ne renferme une pareille disposition. Ces auteurs en concluent que le gérant ne peut jamais demander une rémunération [2].

Selon nous, il ne faut pas se prononcer en termes absolus. Il est des cas où le gérant doit obtenir un salaire. Lorsque, par exemple, en mon absence, un ouvrier, agissant spontanément, fait à ma maison une réparation urgente, il a le droit de faire figurer sur son compte le prix des journées qu'il a employées à réparer ma maison. En effet, en travaillant pour moi, il s'est privé de la rémunération qu'il aurait eue s'il avait travaillé pour un autre, et on peut dire qu'il se trouve ainsi avoir fait une *dépense* à mon profit [3].

B. *Des obligations du maître qui a ratifié.*

2822. On se rappelle que, dans les art. 1338 et 1340, nous avons déjà rencontré l'expression *ratification* [4]; mais ces textes la prennent dans un sens bien différent de celui qu'elle a en matière de gestion d'affaire; ils l'emploient comme synonyme de *confirmation*, c'est-à-dire comme exprimant la renonciation au droit de faire annuler ou rescinder une convention. Nous avons dit que, pour rendre cette dernière idée,

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, I, n. 236.
(2) Laurent, XX, n. 331 ; Huc, VIII, n. 384.
(3) Demolombe, XXXI, n. 174.
(4) *Adde*, art. 1311.

il valait mieux ne pas faire usage du terme *ratification* et s'en tenir exclusivement à l'expression *confirmation* (1).

Au sens propre du mot, la ratification est l'approbation qu'une personne donne à un acte fait, pour son compte, par un tiers sans mandat. C'est la *ratihabitio* des jurisconsultes romains (2).

Définie de cette dernière façon, la ratification n'est point subordonnée aux conditions de forme déterminées par l'art. 1338, al. 1. Ce texte concerne exclusivement la ratification au sens de confirmation. La ratification dont nous parlons maintenant n'est régie que par la disposition de l'art. 1998, al. 2. Elle peut donc, pour la gestion d'affaire comme pour le mandat, être tacite, c'est-à-dire résulter de tout agissement impliquant nécessairement chez le maître l'intention de tenir pour valables à son égard les actes du gérant (3).

2822 I. Toutes les règles du mandat deviennent, en principe, applicables à la gestion d'affaire quand le maître l'a ratifiée : *Ratihabitio mandato æquiparatur* (4). Ainsi, dans ce cas, le maître est tenu des mêmes obligations que si l'affaire avait été entreprise par le gérant en vertu d'une procuration.

Pour montrer la portée de cette proposition, il nous faut distinguer deux hypothèses : 1° le gérant n'est pas dans les conditions requises pour avoir l'action *negotiorum gestorum contraria ;* 2° le gérant se trouve dans ces conditions.

2823. α. Lorsque, antérieurement à la ratification, le gérant n'a pas l'action *negotiorum gestorum contraria,* notamment parce qu'il croyait gérer son affaire personnelle, ou qu'il a dépassé les limites d'une simple gestion, les effets de la ratification sont évidemment très importants. Avant qu'elle eût lieu, le gérant ne pouvait avoir contre le maître que l'action *de in rem verso.* Mais, par suite de la ratifica-

(1) V. notre tome III, n. 1985.

(2) L. 9, D., *De negot. gest.,* III, V.

(3) Demolombe, XXXI, n. 212. — Civ. rej., 12 mars 1889, S., 89. 1. 249, D. P., 90. 1. 15.

(4) L. 12, § 4, D., *De solut. et liber.,* XLVI, III. — Citons également ce texte de Gaïus : « *Si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione* ». L. 60, D., *De reg. jur.,* L, XVII.

tion, il acquiert l'action de gestion d'affaire ou plutôt de mandat.

2824. β. Quand le gérant est d'ores et déjà pourvu de l'action *negotiorum gestorum*, la ratification est, en principe, inutile, car elle ne confère alors aucun nouveau droit au gérant (1).

Cependant il en est autrement dans les cas, d'ailleurs assez rares, où la ratification produit des effets qui ne sont pas attachés à l'action de gestion d'affaire (2). Si, par exemple, on pense, comme nous, que l'art. 2001 n'est pas applicable aux avances faites par le gérant d'affaire (3), la ratification changera la situation et fera courir les intérêts de ces avances à dater du jour où elles auront été constatées (4).

2824I. Mais la ratification peut-elle nuire au gérant, notamment quand il a employé à son usage personnel une somme appartenant au maître? Si l'on admet avec Larombière, contrairement à notre opinion (5), que le gérant ne doit, à raison d'un pareil fait, des intérêts au maître qu'à titre d'indemnité en vertu de l'art. 1375, il n'en saurait devoir avant la ratification dans le cas où l'emploi fait par lui de ladite somme n'a causé aucune perte au maître. Ceci posé, la ratification aura-t-elle pour effet de changer sa situation en lui rendant applicable la disposition de l'art. 1996? en d'autres termes, devra-t-il désormais de plein droit les intérêts à dater de l'emploi qu'il a fait de la somme appartenant au maître? Non, car la ratification n'ayant pas lieu à son détriment, il a le droit d'en repousser les effets s'il préfère s'en tenir à ceux que la gestion d'affaire a produits par elle-même. Toutefois, s'il invoquait à son profit la ratification, il devrait en accepter toutes les conséquences, même celles qui sont désavantageuses pour lui (6).

(1) L. 7, § 9, L. 9 *in fine*, D., *De negot. gest.*, III, V.
(2) Larombière, VII, p. 447 (art. 1375, n. 21, al. 2); Demolombe, XXXI, n. 200.
(3) V. *supra*, n. 2820.
(4) Civ. cass., 4 août 1897, S., 98. 1. 446, D. P., 97. 1. 613.
(5) V. *supra*, n. 2811.
(6) Larombière, VII, p. 451 (art. 1375, n. 21); Demolombe, XXXI, n. 210.

§ III. *Prescription de l'action de gestion d'affaire.*

2824 II. L'action de gestion d'affaire, soit directe, soit contraire, n'est soumise qu'à la prescription trentenaire.

Alors même que le gérant a payé au nom du maître une dette prescriptible par un laps de temps plus court, il a trente ans pour demander à être indemnisé. Il a, par conséquent, le droit de former sa demande à une époque où la dette qu'il a payée aurait été éteinte (1). Ainsi la prescription de six mois, opposable aux hôteliers et traiteurs à raison du logement et de la nourriture fournis par eux, ne saurait être invoquée contre ceux qui les ont désintéressés comme gérants d'affaires de leurs débiteurs (2).

Toutefois si le gérant avait fait exprès d'acquitter une dette qui était sur le point d'être prescrite, son action en remboursement pourrait être rejetée par le motif qu'une pareille gestion n'aurait pas été utile au maître (3).

La prescription d'un an, établie par l'art. 2272 contre l'action des huissiers pour le salaire des actes signifiés par eux, s'applique exclusivement au coût de ces actes, c'est-à-dire aux déboursés et émoluments qui les concernent, et ne saurait être étendue aux avances et déboursés faits par un huissier en dehors de ses fonctions, comme gérant d'affaire (4).

SECTION II

DU PAIEMENT DE L'INDU

2825. Celui qui paie par erreur ce qu'il ne doit pas est autorisé à *répéter* ce qu'il a payé. L'action qui lui est accordée à cet effet est appelée action en répétition de l'indû. On la désigne aussi, dans la doctrine, sous la dénomination romaine de *condictio indebiti,* bien que, dans certains cas, cette dénomination soit assez inexacte.

(1) Larombière, VII, p. 457 (art. 1375, n. 27).
(2) Lyon, 10 mai 1861, D. P., 61. 2. 165.
(3) Larombière, VII, p. 457 (art. 1375, n. 27, al. 2).
(4) Civ. cass., 18 fév. 1873, S., 73. 1. 120, D. P., 73. 1. 60. — Civ. cass., 9 mars 1875, S., 75. 1. 272; 25 janv. 1884, *Rev. du notarial,* 1885, n. 7144, p. 533-534.

L'obligation de restituer la chose indûment payée ne résulte point d'une convention, mais d'un simple quasi-contrat. Elle n'est pas, en effet, formée par le consentement des parties. Il y a eu sans doute accord de leurs volontés en tant qu'il s'est agi, pour l'une, de payer et, pour l'autre, de recevoir. Mais il est évident qu'elles n'ont point eu l'intention de se lier l'une envers l'autre par ce paiement et qu'elles ont eu, au contraire, celle d'éteindre l'obligation que, par erreur, elles croyaient exister.

Cependant cette particularité que le paiement indû suppose, à la différence de la gestion d'affaire, que les parties sont en présence, engendre d'importantes conséquences. Il est nécessaire que l'*accipiens* ait la capacité de recevoir, tandis que, nous le savons, il n'est pas besoin, dans la gestion d'affaire, que le maître soit capable de s'obliger. Puis, comme nous l'expliquerons, la preuve, en ce qui regarde le paiement de l'indû, est habituellement, du moins pour certains des faits à établir, régie par le droit commun (1), alors que, dans le cas de gestion d'affaire, tous les modes de preuve sont, en général, admissibles, même la preuve par témoins (2).

Nous aurons à nous demander en premier lieu dans quels cas et sous quelles conditions le paiement de l'indû fait naître un quasi-contrat; puis par qui et contre qui l'action en répétition peut être exercée; enfin quelles sont les conséquences juridiques de la *condictio indebiti*.

§ I. *Dans quels cas et sous quelles conditions se forme le quasi-contrat du paiement de l'indû.*

1. *Détermination des conditions requises.*

2826. Deux conditions sont nécessaires pour qu'il y ait lieu à la répétition de l'indû. Il faut : 1° qu'un paiement ait été fait indûment; 2° qu'il ait été fait par erreur.

Ces conditions sont les seules qui soient requises.

La répétition peut donc être exercée pour toutes les pres-

(1) V. *infra*, n 2836 1.
(2) V. *supra*, n. 2623.

tations accomplies à titre de paiement sans être dues et par erreur. L'art. 1377 l'accorde en termes généraux à la personne qui, par erreur, se croyant débiteur « acquitte une dette ». Peu importe que l'objet du paiement soit une chose corporelle ou incorporelle, meuble ou immeuble, une simple jouissance ou même un fait. Il n'est donc pas besoin que ce soit une chose fongible (1).

A. *Paiement indû.*

2827. Il peut y avoir paiement indû dans les trois hypothèses suivantes :

α. Paiement d'une dette qui n'a jamais existé ou qui n'existe plus. On peut citer comme exemples le cas où un héritier paie un billet qu'il croit souscrit par son auteur et qui porte une fausse signature (2); le cas où l'on paie une dette éteinte par la compensation (3) ou une dette solidaire déjà acquittée par l'un des codébiteurs. Un texte que nous connaissons déjà, l'art. 1235, al. 1, prévoit cette hypothèse : « Tout paiement » suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû est sujet » à répétition » (4).

Ce texte est applicable aussi quand on paie *pendente conditione* une chose qui n'est due que sous condition suspensive (5). Toutefois, si la condition s'accomplit avant que la répétition ait été exercée, l'effet rétroactif de la condition accomplie s'oppose à ce que le *solvens* puisse désormais répéter (6).

Le débiteur qui, par ignorance de la modalité affectant l'obligation, a payé simultanément deux choses dues seulement sous une alternative, peut se faire restituer l'une d'elles à son choix, à moins que, d'après le contrat, l'option n'appar-

(1) Demolombe, XXXI, n. 259-260.

(2) Req., 19 janv. 1886, S., 86. 1. 200, D. P., 86. 1. 88. — Civ. cass., 25 janv. 1887, S., 87. 1. 224, D. P., 87. 1. 365.

(3) L. 10, § 1, D., *De compens.*, XVI, II.

(4) Un créancier hypothécaire qui reçoit d'un tiers détenteur le montant de sa créance ne reçoit que ce qui lui est dû, et, par conséquent, si le tiers détenteur, se trompant sur le rang hypothécaire, paie un créancier primé par d'autres, il n'a pas d'action en répétition de l'indû. Trib. civ. Bar-sur Seine, 30 nov. 1898, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 438.

(5) V. notre tome II, n. 832.

(6) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 732; Larombière, VII, p. 463 (art. 1376, n. 9).

tienne au créancier (1). Mais, si les deux choses n'avaient pas été payées en même temps, la répétition ne pourrait être exercée que pour le second paiement, qui serait seul un paiement indû (2).

Lorsqu'une personne a payé une chose, croyant par erreur la devoir déterminément, alors qu'en réalité elle ne la devait que sous une alternative, elle peut la répéter en offrant de payer l'autre, si, du moins, la convention lui laissait le droit de choisir (3).

β. Paiement d'une dette existante fait à un autre que le véritable créancier. Cette deuxième hypothèse fait l'objet des prévisions de l'art. **1376**, ainsi conçu : « *Celui qui reçoit par* » *erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le* » *restituer à celui de qui il l'a indûment reçu* ».

Cette disposition peut s'appliquer notamment lorsqu'on paie à l'un des héritiers du créancier une somme qui, à raison du principe de la divisibilité des créances héréditaires, ne lui appartient qu'en partie.

γ. Paiement d'une dette existante fait par un autre que le débiteur, comme si, me croyant faussement héritier de quelqu'un, je paie de mes deniers une dette de la succession. C'est à ce dernier cas que se réfère l'art. **1377**, dont l'al. 1 s'exprime en ces termes : « *Lorsqu'une personne qui, par* » *erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le* » *droit de répétition contre le créancier* » (4).

2828. A cette règle il existe toutefois une exception, que nous trouvons ainsi formulée dans l'art. **1377**, al. **2** : « *Néan-* » *moins ce droit* [le droit de répéter] *cesse dans le cas où le* » *créancier a supprimé son titre par suite du paiement, sauf* » *le recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur* ». J'ai reçu le paiement de ma créance d'un tiers, qui m'a payé par erreur, croyant être débiteur; à la suite de ce paiement

(1) Toullier, XI, n. 78; Marcadé, V, sur les art. 1376-1377, III; Larombière, VII, p. 463 (art. 1376, n. 11). — V. aussi Pothier, *Oblig.*, n. 257.

(2) Toullier, XI, n. 79; Larombière, VII, p. 463 (art. 1376, n. 8).

(3) Toullier, XI, n. 80; Marcadé, Aubry et Rau, *loc. cit.*; Larombière, VII, p. 463 (art. 1376, n. 11).

(4) Riom, 10 juil. 1893, D. P., 95. 2. 379. — Rouen, 23 janv. 1895, *Rec. Rouen*, 95. 1. 88.

j'ai supprimé mon titre, que je considérais comme désormais inutile. Je ne serai pas tenu à la restitution de ce que j'ai reçu. Quelle en est la raison? Mon titre étant supprimé, il se peut que le véritable débiteur refuse de payer, et qu'il soit impossible de l'y contraindre faute de moyens de preuve. En supposant que cela arrive, sur qui devra retomber la perte? sur moi ou sur celui dont j'ai reçu le paiement? Il a paru plus équitable que ce fût sur ce dernier; car c'est lui surtout qui est en faute, celui qui paie devant naturellement y regarder de plus près que celui qui reçoit. C'est pourquoi la loi décide qu'il ne pourra pas exercer la *condictio indebiti* contre moi; il aura seulement un recours contre le véritable débiteur.

2829. Cette décision étant toute d'équité, la loi suppose bien évidemment que le créancier, qui a supprimé son titre à la suite du paiement, était de bonne foi. Dans le cas contraire, il n'y a aucun motif pour établir une exception en sa faveur; le droit commun reprendrait donc son empire. Les travaux préparatoires sont formels dans ce sens : « Mais si, au contraire, disait Bertrand de Greuille dans son rapport, le créancier, *étant dans la bonne foi,* avait, par suite du paiement, supprimé le titre de sa créance, alors il ne pourrait sans injustice être rendu victime d'une pareille faute; c'est à celui qui l'a mal à propos payé à s'imputer l'anéantissement du titre : lui seul est responsable des suites » (1). Tout le monde est d'accord sur ce point (2).

2829 I. Le second alinéa de l'article 1377 exige que, par suite du paiement, le créancier ait *supprimé* son titre.

Il n'est pas douteux que cette disposition n'est pas applicable dans le cas où le créancier s'est borné à faire au *solvens* la remise de son titre comme conséquence du paiement et où le *solvens* offre de restituer ce titre en échange de la restitution de la chose indûment payée, le créancier devant

(1) Fenet, XIII, p. 473; Locré, XIII, p. 39, n. 6 *in fine*.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 256; Duranton, XIII, n. 685; Marcadé, V, sur les art. 1376-1377, IV; Mourlon, II, n. 1680; Colmet de Santerre, V, n. 358 *bis*-I; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 733; Larombière, VII, p. 496 (art. 1377, n. 8); Demolombe, XXXI, n. 317 et 319; Vigié, II, n. 1695; Huc, VIII, n. 396; Thiry, III, n. 199; Planiol, II, 1re édit., n. 899, al. 3, 2e et 3e édit., n. 861 *in fine*.

être ainsi replacé, au point de vue de la preuve de son droit, dans la même situation qu'avant le paiement [1].

Mais est-il nécessaire qu'il y ait anéantissement matériel du titre, de manière que le créancier soit désormais dans l'impossibilité de le produire? Serait-il inexact de considérer le bâtonnement du titre comme suppression au sens de l'art. 1377, la cancellation n'offrant qu'une présomption simple de paiement, susceptible d'être détruite par la preuve contraire? Nous ne croyons pas qu'il faille aller jusque-là. Quand le titre a été cancellé, la preuve de la créance est, il est vrai, admissible, mais, outre qu'elle est devenue fort difficile, elle ne résulte plus du titre lui-même, et cela suffit pour qu'on puisse considérer celui-ci comme supprimé [2].

2830. Il est d'autres faits qui peuvent, comme la suppression du titre, se produire par suite du paiement et qui ont le même effet à l'égard du créancier actionné en restitution de la chose indûment payée. D'où le point de savoir s'il faut étendre la disposition qui nous occupe au créancier qui, ayant reçu de bonne foi un paiement d'un autre que le débiteur, a laissé prescrire sa créance contre celui-ci, ou au créancier qui, à la suite du paiement, a renoncé aux sûretés attachées à sa créance ou négligé de les conserver. La plupart des auteurs admettent l'affirmative, en se fondant sur ce que cette matière est toute d'équité; or l'équité exige que la *condictio indebiti* soit refusée à celui qui a fait le paiement par erreur, toutes les fois qu'il est impossible de replacer celui qui a reçu le paiement dans la situation où il se trouvait auparavant; car autrement l'erreur du *solvens* nuirait au créancier : ce que ne permet pas d'admettre la règle *Nemo ex facto alterius prægravari debet* [3]. Et cependant

[1] Riom, 10 juill. 1893, D. P., 95. 2. 379.

[2] Larombière, VII, p. 496-497 (art. 1377, n. 10); Demolombe, XXXI, n. 320.

[3] *Sic* pour le cas où le créancier a laissé prescrire sa créance, Duranton, XIII, n. 685; Colmet de Santerre, V, n. 358 *bis*-I, al. 2; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 733; Larombière, VII, p. 496 (art. 1377, n. 10); Demolombe, XXXI, n. 323; Planiol, II, 1re édit., n. 899, al. 2, 2e et 3e édit., n. 861, al. 2. — pour le cas où le créancier a renoncé aux sûretés, Duranton, XIII, n. 686; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, XXXI, n. 322. — Riom, 20 mai 1851, S., 51. 2. 767. — Caen, 20 mars 1891, S., 92. 2. 204, D. P., 92. 2. 177.

il y a contre cette solution une objection grave qui nous fait hésiter : la disposition de l'art. 1377 *in fine* est exceptionnelle (argument du mot *Néanmoins*); or les dispositions qui présentent ce caractère ne s'étendent pas d'un cas à un autre (1).

2830 I. On se demande par quelle action, celui qui, se croyant débiteur, a acquitté la dette, peut exercer le recours que lui accorde l'art. 1377, al. 2. A notre avis, il n'a pas l'action de gestion d'affaire, car il n'a point payé au nom du véritable débiteur (2). Il n'est pas, non plus, subrogé de plein droit dans l'action du créancier, car il ne saurait invoquer aucune cause de subrogation légale, et notamment il n'a pas payé comme étant tenu de la dette « avec un autre ou pour un autre », ainsi que l'exige l'art. 1251-3° (3). Le seul recours qu'il puisse avoir est l'action *de in rem verso* (4).

2830 II. Un débiteur, malgré une opposition pratiquée entre ses mains, paie son créancier. Peut-il, pour demander la restitution de la somme qu'il a payée, invoquer la disposition de l'art. 1376? Non, certainement. Il n'y a pas, dans ce cas, paiement de l'indû. La défense de payer entre les mains du créancier ne saurait supprimer la dette; la première des conditions exigées pour la *condictio indebiti* fait défaut dans cette hypothèse. Le débiteur qui a payé au mépris de l'opposition peut seulement exercer le recours qui lui est accordé par l'art. 1242. Il doit, par suite, pour réclamer la restitution, attendre que le créancier opposant ait fait affirmer et reconnaître sa prétendue créance (5).

(1) Laurent, XX, n. 363; Huc, VIII, n. 306, al. 3 à 5. — Jugé que l'art. 1377, al. 2, n'est pas applicable quand le créancier qui a reçu de bonne foi le paiement indû a laissé le titre s'éteindre par la prescription. — Req., 4 août 1859, S., 60. 1. 33, D. P., 59. 1. 362. — Jugé également que l'art. 1377, al. 2, n'est pas susceptible d'extension et que, par suite, il ne saurait être invoqué par le créancier dans le cas où le véritable débiteur est devenu insolvable. Gand, 25 janvier 1882, S., 82. 4. 44, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2330 *in fine*.

(2) V. *supra*, n. 2792. — *Contra* Larombière, VII, p. 497 (art. 1377, n. 11).

(3) *Contra* Mourlon, *Répét. écrites sur le Code Napoléon*, II, n. 1680 *in fine*, et *Traité des subrogations personnelles*, p. 478; Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXXI, n. 329 et 330.

(4) Laurent, XX, n. 364; Vigié, II, n. 1695 *in fine*; Huc, VIII, n. 397. — V. aussi Demolombe, XXXI, n. 327.

(5) Trib. civ. Lyon, 4 novembre 1903, *Droit*, 18 février 1904, *Mon. jud. Lyon*, 21 janvier 1904.

B. *Paiement fait par erreur.*

2831. Pour qu'il y ait lieu à la *condictio indebiti*, il ne suffit pas qu'un paiement ait été fait indûment, il faut en outre qu'il ait été fait par erreur, et que l'erreur ait été la seule cause du paiement.

Cette condition, formellement exprimée par l'art. 1377, qui prévoit la dernière des hypothèses que nous venons d'indiquer, doit être considérée comme sous-entendue dans les art. 1235 et 1376. Les travaux préparatoires de la loi, notamment le discours du tribun Tarrible au Corps législatif (1), attestent de la manière la plus formelle que le législateur a voulu s'en tenir sur ce point à la théorie traditionnelle. Or, en droit romain, la question ne faisait pas le moindre doute: l'erreur était dans tous les cas une condition de recevabilité de la *condictio indebiti* (2). Et Pothier nous apprend que ces principes étaient suivis dans notre ancienne jurisprudence (3).

Rationnellement d'ailleurs on s'explique fort bien la nécessité de cette condition. La *condictio indebiti*, comme toutes les actions ayant leur source dans un quasi-contrat, est fondée sur une raison d'équité; or l'équité n'exige nullement que la loi vienne au secours de celui qui a payé *sciemment* ce qu'il ne devait pas; car il s'est volontairement imposé le préjudice qu'il souffre, et on peut justement lui appliquer l'adage *Volenti non fit injuria*. De deux choses l'une, en effet : — Ou la dette à laquelle le paiement paraissait s'appliquer n'existait pas, personne ne la devait, et alors,

(1) « L'erreur de la part de celui qui paie peut seule autoriser la répétition de la chose, disait Tarrible; il doit avoir cru faussement ou que la chose était due au prétendu créancier, qui n'y avait réellement aucun droit; ou qu'il la lui devait personnellement, tandis que, dans la vérité, elle était due par un autre. — Sans cette fausse opinion, il serait censé, au premier cas, avoir voulu donner ce qu'il savait fort bien ne pas être dû; au second cas, avoir voulu payer une dette légitime à la décharge du véritable débiteur, et toute voie de répétition lui serait justement fermée ». Fenet, XIII, p. 485 *in fine;* Locré, XIII, p. 55, n. 15, al. 6 et 7.

(2) *Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens se non debere solvit cessat repetitio,* L. 1, § 1, D., *De cond. indeb.*, XII, 6.

(3) *Tr. du quasi-contrat promutuum et de l'action condictio indebiti*, n. 132 (édit. Dupin, IV, p. 126).

disent la plupart des auteurs, celui qui, connaissant le véritable état de choses, a fait le *paiement* (ou plutôt la *dation,* car il ne peut pas y avoir paiement là où il n'y a pas de dette, art. 1325), n'a guère pu avoir une autre intention que celle de faire une donation (1). — Ou bien le paiement a été fait en extinction d'une dette qui existait, mais dont le *solvens* n'était pas tenu, et alors il a nécessairement voulu payer pour le compte du débiteur; le paiement n'est donc pas sans cause, et il n'y a pas lieu à la *condictio indebiti,* qui n'est qu'un cas particulier de la *condictio sine causa* (2).

D'après une autre opinion, l'erreur de celui qui a fait le paiement ne serait pas nécessaire pour la recevabilité de la *condictio indebiti* dans les hypothèses prévues par les art. 1235 et 1376, parce que la loi ne l'exige pas (3). Il est vrai qu'elle ne l'exige pas littéralement. Mais, comme nous l'avons démontré, si l'on consulte les travaux préparatoires et si l'on se place au point de vue rationnel, on est amené à décider que l'erreur du *solvens* est requise également dans ces deux hypothèses.

2832. Les partisans de l'une et de l'autre opinion paraissent d'ailleurs d'accord pour admettre que l'erreur de droit peut, tout aussi bien que l'erreur de fait, donner ouverture à la *condictio indebiti.* La question, il est vrai, était discutée en droit romain et dans notre ancien droit français (4). Mais, sous l'empire du Code, cette controverse ne saurait se renou-

(1) *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est,* L. 53, D., *De reg. jur.,* L, 17.

(2) Toullier, XI, n. 60 et 61; Zachariæ, § 442, texte et note 4; Mourlon, II, n. 1674; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 728, texte et note 3; Larombière, VII, p. 460 et 479 (art. 1376, n. 2 et 26); Demolombe, XXXI, n. 276-279; Laurent, XX, n. 352; Arntz, III, n. 468; Vigié, II, n. 1785; Huc, VIII, n. 388-389; Thiry, III, n. 198; Planiol, II, 1re édit., n. 875, 2e et 3e édit., n. 840. — Req., 11 mars 1885, S., 86. 1. 49, D. P., 85. 1. 417. — Civ. cass., 26 juil. 1894, D. P., 95. 1. 166. — Trib. civ. Nantes, 20 juil. 1896, *Gaz. Pal.,* 96. 2. 245. — Trib. civ. Nogent-le-Rotrou, 17 janvier 1902, *Gaz. Pal.,* 1902. 2. 560.

(3) Marcadé, V, sur les art. 1376-1377, I; Mourlon, *Rev. prat.,* 1863, XVIII, p. 196; Colmet de Santerre, V, n. 357 *bis*-III. — Cass. Belgique, 18 avril 1883, S., 84. 4. 1.

(4) L. 9, § 5, D., *De juris et facti ignorantia,* XXII, 6; L. 10, C., *De juris et facti ignorantia,* I, 18. — Pothier, *Tr. du quasi-contrat promutuum et de l'action condictio indebiti,* n. 162 (édit. Dupin, IV, p. 138).

veler. L'art. 1376 ne distingue pas entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Or, quand la loi veut faire cette distinction, elle ne manque pas de le dire. Art. 1356, 2052. Le silence de l'art. 1376 à cet égard est, par conséquent, décisif. D'ailleurs, dans la plupart des cas, la distinction dont nous parlons serait inexacte, car la maxime « nul n'est censé ignorer la loi », qui n'est consacrée par aucune disposition du droit privé, produirait, dans l'application, les résultats les plus injustes (1).

2833. Exceptionnellement l'action en répétition est admise, indépendamment de toute erreur de la part de celui qui a fait le paiement, dans les cas suivants :

α. Lorsque le paiement a été effectué en vue d'une cause future qui ne s'est pas réalisée, par exemple si une dot a été payée avant la conclusion du mariage en considération duquel elle avait été promise, et que le mariage vienne à manquer. En effet, dans la pensée des parties, le paiement a été fait sous la condition *si nuptiæ sequantur*. Dans cette hypothèse il y a lieu, suivant la terminologie romaine, à la *condictio causa data causa non secuta* (2).

2834. β. Lorsque le paiement a été fait sur le fondement d'une cause illicite, c'est-à-dire contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. L'action qui est donnée dans ce cas est celle que les Romains appelaient *condictio ob turpem vel injustam causam* (3). Ainsi le paiement, fait par le cessionnaire d'un office ministériel, de la somme stipulée dans une contre-lettre en sus du prix porté dans l'acte ostensible sou-

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Ignorance*, § 1, n. 7; Toullier, XI, n. 75; Duranton, XIII, n. 602; Marcadé, V, sur les art. 1376 et 1377, II; Colmet de Santerre, V, n. 357 *bis*-VII; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 729, texte et note 5; Larombière, VII, p. 486 (art. 1376, n. 32); Demolombe, XXXI, n. 280; Laurent, XX, n. 354; Arntz, *loc. cit.*; Huc, VIII, n. 389, dern. al.; Thiry, III, p. 198, n. 220 *in fine*. — Civ. cass., 24 janv. 1827, S. chr., VIII. 1. 506, col. 3 *in fine*, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 5546. — Besançon, 1er mai 1827, S. chr., VIII. 2. 340. — Colmar, 18 janv. 1859, S., 59. 2. 382, D. P., 59. 1. 362. — Req., 4 août 1859, S., 60. 1. 33, D. P., 59. 1. 362. — Civ. rej., 13 mai 1889 (sol. impl.), S., 91. 1. 17, D. P., 90. 1. 277. — Trib. civ. de Marseille, 22 janv. 1898, D. P., 1903. 1. 434. — Cpr. Delvincourt, III, p. 449.

(2) V. Girard, *Man. élém. de dr. rom.*, 1re édit., p. 603-604, 2e édit., p. 608-609, 3e édit., p. 617-618.

(3) V. notre tome I, n. 316 *in fine*. — V. pour une application intéressante Req., 19 mars 1907, D. P., 1907. 1. 269.

mis à l'examen de la chancellerie, donne lieu à répétition (1). Maintenir le paiement ce serait faire produire un effet à une obligation sur cause illicite, contrairement à l'art. 1131 (2).

2835. Avant la loi du 1er août 1893, la nécessité de l'existence de l'erreur pour la répétition du paiement indû faisait naître une grave difficulté dans le cas suivant : une société ou compagnie continue à payer les coupons d'une obligation appelée au remboursement par le tirage au sort. Elle paie ce qu'elle ne doit pas, les coupons, qui représentent des intérêts, cessant naturellement d'être dus lorsque l'obligation est amortie. Peut-elle répéter le montant de ce paiement, en retenant le montant des coupons indûment payés, lorsque l'obligation sera présentée au remboursement? Pendant de longues années, les compagnies ont élevé cette prétention, et les tribunaux leur ont donné raison (3). Cette jurisprudence était très critiquable. L'une des conditions requises pour l'admission de la *condictio indebiti* est que le paiement ait été fait par erreur. Or les compagnies pouvaient-elles raisonnablement soutenir qu'elles avaient payé dans l'ignorance de l'amortissement de l'obligation, alors que les tirages des obligations à amortir sont faits par leurs soins? D'autre part, était-il juste que les compagnies qui continuaient à jouir du

(1) Civ. cass., 30 juill. 1844, S., 44. 1. 582, D., *Répert. alph.*, v° *Office*, n. 241. — Civ. cass., 5 janv. 1846, S., 46. 1. 116, D. P., 46. 1. 14. — Req., 1er août 1844, S., *ibid.*, D., *op.* et v° *cit.*, n. 243. — Paris, 28 mars 1846, D. P., 46. 4. 382; 5 déc. 1846, D. P., 47. 2. 4. — Nîmes, 10 mai 1847, D. P., 48. 2. 38. — Req., 22 juin 1847, D. P., 47. 4. 347; 3 janv. 1849, D. P., 49. 1. 130. — Lyon, 24 août 1849, D. P., 50. 2. 36. — Paris, 31 janv. 1851, S., 51. 2. 397. — Civ. rej., 19 avril 1852, S., 52. 1. 449. — Civ. rej., 28 mai 1856, D. P., 56. 1. 377. — Req., 5 nov. 1856, D. P., 56. 1. 395. — Civ. cass., 13 juill. 1885, S., 86. 1. 205, D. P., 86. 1. 263. — Bourges, 18 nov. 1890, S., 92. 2. 241, D. P., 92. 2. 21. — Nancy, 27 janv. 1894 (sol. impl.), S., 94. 2. 69. — Req., 18 mars 1895, S., 96. 1. 11, D. P., 95. 1. 346. — Trib. civ. de Bourg, 15 déc. 1905, *Pand. franç.*, 1906. 2. 105. — V. dans le même sens Greffier, *Des cessions et suppressions d'offices*, 4e édit., n. 123, p. 87; Amiaud, *Manuel pratique de la transmission des offices de notaire*, 2e édit., n. 56.

(2) Civ. rej., 11 fév. 1884, S., 84. 1. 265, D. P., 85. 1. 99. — Trib. de l'empire d'Allemagne, 1er déc. 1891, D. P., 93. 2. 11. — V. cependant Req., 1er avril 1895, D. P., 95. 1. 263.

(3) V. notamment Civ. cass., 29 juill. 1879, S., 80. 1. 109, D. P., 80. 1. 38. — Nancy, 28 oct. 1890, S., 91. 2. 11, D. P., 91. 2. 265. — Cpr. Civ. rej., 13 mai 1889, S., 91. 1. 17, D. P., 90. 1. 277; 14 janv. 1890, S., *ibid.*, D. P., 90. 1. 326.

capital des obligations amorties fussent dispensées d'en payer les intérêts et surtout qu'elles fussent autorisées à se faire rembourser les intérêts payés?

Une question analogue s'était élevée au sujet des dividendes indûment payés d'actions amorties. La jurisprudence lui avait donné une solution semblable, qui appelait les mêmes critiques (1).

Les nombreuses réclamations que cette jurisprudence a suscitées ont amené l'intervention législative. L'art. 70 de la loi du 1er août 1893 porte : « Dans le cas où les sociétés ont continué à payer les intérêts ou dividendes des actions, obligations ou tous autres titres remboursables par suite d'un tirage au sort, elles ne peuvent répéter ces sommes lorsque le titre est présenté au remboursement ». Le droit se trouve ainsi d'accord avec l'équité.

II. *De la preuve de ces conditions.*

2836. Conformément à la règle *Probatio incumbit ei qui agit,* celui qui veut intenter la *condictio indebiti* doit prouver l'existence de toutes les conditions requises par la loi pour que son action soit recevable (2). Il doit donc établir : 1° le fait du paiement; 2° que ce paiement était indû, c'est-à-dire qu'il n'existait aucune obligation civile ni naturelle pouvant lui servir de cause, ou, s'il en existait une, qu'il n'en était pas le débiteur, ou, s'il était le débiteur, que celui auquel il a fait le paiement n'était pas le véritable créancier (3); 3° enfin, en règle générale, du moins, il est tenu de prouver que ce paiement a été fait par erreur (4).

(1) V. notamment Montagnon, *De la continuation du service des intérêts après amortissement d'une obligation, Annales de dr. comm.*, 1re année, 1886-1887, 1re partie, *Doctrine*, p. 75-87 s.; Vavasseur, *Des titres remboursables, Revue des sociétés*, 1889, p. 470 s., et *Du remboursement des valeurs mobilières, Economiste français*, 16 nov. 1889; Chavegrin, note sous Civ. rej., 13 mai 1889, et 14 janv. 1890, S., 91. 1. 17-22.

(2) Toullier, XI, n. 64; Duranton, XIII, n. 696; Mourlon, II, n. 1676-1679; Colmet de Santerre, V, n. 357 *bis*-VIII; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 730; Demolombe, XXXI, n. 281, 282, 284, 286; Laurent, XX, n. 366-369; Arntz, III, n. 469; Huc, VIII, n. 394; Thiry, III, n. 198, p. 221.

(3) Req., 18 janvier 1904, S., 1905. 1. 86.

(4) Req., 29 mars 1876, S., 76. 1. 175, D. P., 77. 1. 422. — Req., 13 fév. 1878,

Le demandeur en répétition doit établir notamment ce dernier point, car il l'affirme, comme les deux autres, à l'appui de sa prétention. Il n'y a pas de présomption légale qui l'en dispense. Dans beaucoup de cas, ainsi que nous le montrerons bientôt, le *solvens,* en prouvant l'inexistence de la dette, établit du même coup son erreur et, par suite, n'a pas besoin de faire spécialement la preuve de celle-ci. Mais on ne saurait dire pour cela que cette preuve n'est pas à sa charge (1).

2836 I. Les trois faits que nous venons d'indiquer doivent être établis suivant les règles du droit commun. Ainsi, pour la preuve du paiement, une quittance écrite sera nécessaire au-dessus de 150 francs, à moins qu'on n'ait été dans l'impossibilité d'en rédiger une, ou que la quittance n'ait péri par suite de quelque accident (2). Quant aux modes de preuve à employer pour établir l'inexistence de la dette, ils varieront suivant le fait allégué pour expliquer cette inexistence. Si le demandeur prétend que la dette avait été éteinte par un paiement, par une compensation ou par une novation, il est tenu de prouver celui de ces trois faits sur lequel l'action en répétition est fondée. Or un paiement, une compensation ou une novation doivent être prouvés par écrit si la somme est supérieure à 150 francs. Mais, si le demandeur prétend qu'il n'a jamais rien dû à l'*accipiens,* que, par exemple, il n'a jamais emprunté de ce dernier, il peut recourir à la preuve testimoniale, et, par conséquent, les présomptions de fait seront admissibles (3). Les juges pourront notamment puiser une de ces présomptions dans cette circonstance que

D. P., 79. 1. 104; 11 mars 1885, S., 86. 1. 49, D. P., 85. 1. 417. — Civ. cass., 26 juill. 1894, D. P., 95. 1. 166. — Trib. civ. de Marseille, 22 janv. 1898, D. P., 1903. 1. 434. — Civ. cass., 18 juill. 1900, S., 1900. 1. 460, D. P., 1900. 1. 482, *Pand. franç.*, 1900. 1. 534. — Riom, 3 juill. 1901, *Loi,* 18 janv. 1902. — Civ. cass., 25 nov. 1901, S., 1902. 1. 413, D. P., 1903. 1. 549; 26 nov. 1901, D. P., *ibid.* — Civ. rej., 11 juin 1902, S., 1902. 1. 32, D. P., *ibid., Pand. franç.*, 1902. 1. 495, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 54, *Gaz. Trib.*, 1902, 2e semestre, 2. 170.

(1) Laurent, XX, n. 368; Huc, *loc. cit.*

(2) Demolombe, XXXI, n. 283; Laurent, XX, n. 366; Colmet de Santerre, Huc, *loc. cit.*

(3) Colmet de Santerre, Huc, *loc. cit.*; Demolombe, XXXI, n. 285.

le défendeur aurait d'abord nié le paiement qui, d'après le demandeur, n'était pas dû (1).

Enfin l'erreur du *solvens* peut toujours être établie par des présomptions de l'homme; mais cette preuve est plus ou moins facile suivant les cas. Lorsque l'inexistence de la dette résulte d'un moyen exclusif de toute cause juridique d'un paiement, par exemple lorsqu'elle résulte de ce fait que la dette avait été déjà payée, l'erreur est par là même démontrée. On doit raisonnablement admettre que si le *solvens* avait connu la situation, il n'aurait pas fait un second paiement. On ne saurait présumer, en effet, qu'il a exercé une libéralité. Mais il n'en est plus ainsi quand le moyen d'où résulte l'inexistence de la dette n'exclut pas toute cause juridique de paiement; il faut alors que l'erreur soit prouvée d'une manière spéciale. Tel est notamment le cas lorsque la dette était prescrite, car l'obligation naturelle qui survit à la prescription peut servir de cause à un paiement (2).

§ II. *Comment s'exerce l'action en répétition.*

I. *Par qui elle peut être exercée.*

2837. L'action en répétition peut être exercée par celui qui a payé indûment. Mais, comme le paiement peut émaner soit du débiteur lui-même, soit de son mandataire légal, judiciaire ou conventionnel, nous dirons, pour plus de précision, que cette action appartient au prétendu débiteur aussi bien lorsqu'on a payé en son nom que lorsqu'il a payé en personne.

Il en est ainsi alors même que son mandataire ou son tuteur a fait le paiement avec ses propres deniers, car, puisqu'il a payé au nom du mandant ou du pupille, c'est par ce dernier que le paiement est censé avoir été fait (3).

(1) Colmet de Santerre, V, n. 358 *bis*-VIII *in fine;* Larombière, VII, p. 482 (art. 1376, n. 28); Demolombe, Huc, *loc. cit.*

(2) Demolombe, XXXI, n. 286-287. — V. aussi Laurent, XX, n. 368; Huc, *loc. cit.* — Cpr. Mourlon, II, n. 1679; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 730 *in fine* et p. 731; Larombière, VII, p. 482-483 (art. 1376, n. 30).

(3) L. 6, § *ult.*, D., *De condictione indebiti,* liv. XII, VI. — Pothier, *Tr. du quasi-contrat promutuum et de l'action condictio indebiti,* n. 163 (édit. Dupin, IV, p. 138).

2838. Mais, dans cette hypothèse, le mandataire ou le tuteur peut-il agir *recta via* contre l'*accipiens?* L'intérêt pratique de la question est notable, car, si l'on répond négativement, il en résultera un circuit d'actions : le mandataire ou le tuteur devra d'abord demander le remboursement au mandant ou au pupille, qui devra lui-même ensuite agir en répétition contre l'*accipiens*.

Pour éviter cette complication, Proculus, faisant fléchir la rigueur du droit pur, admettait que le représentant du prétendu débiteur pouvait répéter *recta via* contre celui qui avait reçu le paiement (1), et Pothier a reproduit cette décision (2).

Larombière et Demolombe estiment que le mandataire ou le tuteur a le droit d'agir directement contre l'*accipiens* dans les cas suivants : 1° lorsqu'il a payé avec ses propres deniers; 2° alors même qu'il a payé avec les deniers du mandant ou du pupille, si, à raison des circonstances, le paiement est de nature à engager sa responsabilité envers celui qu'il représentait (3).

Mais, dans un arrêt de la chambre des requêtes, du 24 avril 1907, on lit cette proposition absolue : « Attendu que la répétition de l'indû peut être exercée soit par celui au nom duquel le paiement a été fait, soit par la personne même qui a effectué le paiement » (4). Faut-il en conclure que la cour suprême repousse les distinctions faites par Demolombe et Larombière ? Si telle est, en effet, la portée de l'arrêt précité, nous croyons que la chambre des requêtes va trop loin et qu'il suffit de reconnaître au mandataire ou au tuteur le droit de répéter *recta via* dans les deux cas indiqués plus haut.

2839. Lorsqu'un tiers, sans mandat, a payé au nom du prétendu débiteur, ce dernier a la *condictio indebiti,* s'il a ratifié le paiement.

A défaut de cette ratification, l'action en répétition appartient au tiers qui a payé. Peu importe qu'il n'ait pas payé

(1) L. 53, D., *eod. tit.*
(2) *Op. cit.*, n. 164 (édit. Dupin, IV, p. 139).
(3) Larombière, VII, p. 488 (art. 1377, n. 2); Demolombe, XXXI, n. 248.
(4) *Gaz. Pal.*, 1907. 1. 676.

en son propre nom, car, si le droit de répéter ne lui était pas reconnu, on ne voit pas qui pourrait demander la restitution de la chose indûment payée (1). D'ailleurs, le seul moyen de lui permettre d'obtenir le remboursement est de lui accorder la *condictio indebiti* contre l'*accipiens* lui-même ; du moment, en effet, que le prétendu débiteur a désavoué le paiement, la répétition ne saurait être exercée contre lui.

Toutefois cette solution doit être rejetée quand le tiers a payé avec les deniers du prétendu débiteur, car, en pareil cas, ce dernier pourrait exercer lui-même la répétition (2).

2840. Dans un cas particulier l'action en répétition appartient à une personne autre que celle qui a payé. Il en est ainsi quand l'héritier putatif ou apparent, après avoir acquitté, avec les deniers de la succession, de prétendus legs ou de prétendues dettes successorales qui n'existaient pas, est évincé par le véritable ayant droit. C'est en la qualité d'héritier et, par conséquent, au nom de la succession qu'il a payé; la *condictio indebiti* appartient donc à celui qui est réellement appelé à succéder (3).

Cependant, si l'héritier putatif ou apparent était de mauvaise foi, il aurait l'action en répétition, car sa responsabilité se trouverait engagée par le paiement de l'indû. Cette action pourrait aussi, d'ailleurs, être exercée par le véritable héritier, puisque le paiement aurait été fait avec sa chose (4).

2840 I. Il est incontestable que l'action en répétition du paiement indû n'est pas exclusivement attachée à la personne du *solvens*. Elle passe donc à ses héritiers. Elle peut également être exercée par ses créanciers (5). Ce point est d'autant moins douteux que l'intérêt qui sert de base à cette action est exclusivement pécuniaire (6).

(1) L. 6, D., *eod. tit.* — Pothier, *op. cit.*, n. 165 (même édit., IV, p. 139); Toullier, XI, n. 90 *in fine;* Larombière, VII, p. 489 (art. 1377, n. 3) ; Demolombe, XXXI, n. 250.

(2) Demolombe, *loc. cit.*

(3) Pothier, *op. cit.*, n. 166; Toullier, XI, n. 91.

(4) Larombière, VII, p. 489 (art. 1377, n. 4); Demolombe, XXXI, n. 251-252.

(5) Demolombe, XXXI, n. 395. — Cpr. Req., 6 nov. 1871, S., 71. 1. 188, D. P., 71. 1. 348. — Civ. cass., 13 fév. 1872, S., 72. 1. 17, D. P., 72. 1. 167.

(6) V. notre tome I, n. 591.

II. *Contre qui la répétition peut être exercée?*

2841. Lorsqu'un paiement est fait à un mandataire légal, judiciaire ou conventionnel, c'est seulement contre le mandant que la *condictio indebiti* peut être dirigée. Elle ne peut jamais l'être contre le mandataire, quel que soit le caractère du mandat. Cette solution doit être donnée même lorsque la chose payée a profité au mandataire et non pas au mandant, le premier ayant été dispensé par le second de l'obligation de lui en rendre compte (1).

Il n'y a pas lieu de distinguer suivant que le mandat est spécial ou général. Même dans ce dernier cas, c'est au mandant seul que la restitution peut être demandée. L'art. 1993 dit, en effet : « Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, *quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant* ». Si le mandataire doit faire raison au mandant de tout ce qui lui a été payé en vertu de sa procuration, même de ce qui n'était pas dû, c'est évidemment parce que l'action en répétition doit être exercée contre le mandant et non pas contre lui (2).

2841 I. Supposons que *Primus* ait reçu au nom de *Secundus* un paiement indû. Contre qui la restitution pourra-t-elle être poursuivie? Cette question est l'inverse de celle que nous avons examinée plus haut à propos du cas où le paiement a été fait, au nom du prétendu débiteur, par un tiers qui n'avait pas pouvoir à cet effet. Elle comporte la même distinction. La répétition pourra être exercée contre *Secundus* s'il a ratifié le paiement. En l'absence de cette ratification, la *condictio indebiti* doit être dirigée contre le tiers qui a reçu la chose indûment payée (3).

III. *Prescription de la* condictio indebiti.

2841 II. L'action en répétition est soumise à la prescription trentenaire, et non pas à la prescription décennale de

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 167; Demolombe, XXXI, n. 255.
(2) Pothier, *op. cit.*, n. 168; Demolombe, XXXI, n. 257.
(3) Demolombe, XXXI, n. 256.

l'article 1304. Il en est ainsi même dans les cas où elle serait exercée à la suite de l'annulation ou de la rescision d'un contrat, bien que l'action en nullité ou en rescision fût prescriptible par dix ans. Elle n'a pris naissance, en effet, qu'après que le contrat a été annulé ou rescindé (1).

Il faut donc, lorsque le paiement indu est le résultat d'un délit, se garder de confondre l'action en répétition avec l'action civile en dommages-intérêts. Cette dernière se prescrit par le même laps de temps que l'action publique, tandis que la *condictio indebiti* ne se prescrit jamais que par trente ans (2).

§ III. *Conséquences juridiques de la* condictio indebiti.

2842. La *condictio indebiti* est une action en restitution. Le demandeur, celui qui a fait le paiement indû, le *solvens*, soutient que le défendeur, l'*accipiens*, est obligé de restituer ce qu'il a reçu. Cette obligation est plus ou moins étendue, suivant que l'*accipiens* est de bonne ou de mauvaise foi, c'est-à-dire suivant qu'il ignore ou sait que la chose payée ne lui est pas due (3).

Cette distinction n'est pas, il est vrai, posée formellement par la loi, mais elle résulte des dispositions des art. 1378 à 1380.

Nous aurons à parler :

1° De la restitution de la chose jugée;

2° De la restitution des intérêts et des fruits;

3° De la situation dans laquelle se trouvent les héritiers de l'*accipiens;*

4° Des dépenses faites par l'*accipiens* relativement à la chose.

(1) Duranton, XII, n. 550; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 277, 5e édit., p. 457; Larombière, V, p. 304 (art. 1304, n. 28), et VII, p. 508-509 (art. 1377, n. 25); Demolombe, XXXI, n. 394. — Amiens, 9 mai 1823, S. chr., VII. 2. 209, D., *Répert. alph.*, vo *Notaire*, n. 514. — Civ. rej., 19 janv. 1831, S., 31. 1. 157, D., *loc. cit.*

(2) Larombière, VII, p. 508 (art. 1377, n. 25).

(3) Civ. cass., 11 déc. 1900 (3 arrêts), D. P., 1901. 1. 257.

I. *Restitution de la chose indûment payée.*

2843. « *Si la chose indûment reçue est un immeuble ou un* » *meuble corporel, celui qui l'a reçue s'oblige à la restituer* » *en nature, si elle existe, ou sa valeur, si elle est périe ou* » *détériorée par sa faute; il est même garant de sa perte par* » *cas fortuit, s'il l'a reçue de mauvaise foi* ». Art. **1379.**

Ce texte suppose que la chose indûment reçue est un corps certain, mobilier ou immobilier, peu importe. Si elle existe encore, l'*accipiens* en doit la restitution en nature.

En supposant qu'elle ait péri ou se soit détériorée, sera-t-il responsable de la perte ou des détériorations? La loi distingue. Si, au moment où il a reçu la chose, l'*accipiens* était de bonne foi, il ne répondra que des détériorations ou de la perte provenant de sa faute. Cela suppose que, lorsque la perte ou les dégradations sont survenues, la bonne foi de l'*accipiens* avait cessé. En effet, tant qu'elle dure, comme il a un juste motif de se croire propriétaire, on ne saurait lui imputer à faute de dégrader ou même de détruire la chose (1).

Si au moment du paiement, l'*accipiens* était de mauvaise foi, il répondra même des détériorations ou de la perte résultant d'un cas fortuit. Mais comment sa mauvaise foi peut-elle produire ce résultat? Nous n'en voyons pas d'autre explication possible que celle-ci : la loi a considéré l'*accipiens* de mauvaise foi comme étant de plein droit *en demeure* de restituer. S'il en est ainsi, il faut nécessairement décider qu'il ne sera pas responsable de tous les cas fortuits indistinctement, mais seulement de ceux qui n'auraient pas fait périr la chose si elle ne se fût pas trouvée entre ses mains. Art. **1302**, al. 2. En un mot, sa situation est de tous points la même que celle d'un débiteur en demeure, ni plus ni moins (2).

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 170 et 171; Toullier, XI, n. 95, 101 et 102; Marcadé, V, sur les art. 1378-1380, n. II; Mourlon, n. 1683-1684; Colmet de Santerre, V, n. 360 *bis*-II; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 736, texte et note 30; Larombière, VII, p. 510-511 (art. 1378-1379, n. 3); Demolombe, XXXI, n. 365-367; Laurent, XX, n. 376; Arntz, III, n. 470.

(2) Toullier, XI, n. 107; Duranton, XIII, n. 693; Marcadé, art. 1378-1380, I *in fine;* Zachariæ, § 442, texte et note 14; Mourlon, II, n. 1682; Colmet de Santerre, V, n. 360 *bis*-I et 360 *bis*-II; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 736 *in fine;* Larom-

Il existe une disposition plus rigoureuse relativement au voleur, que la loi rend responsable de tous les cas fortuits indistinctement. Art. 1302, al. 4. Mais l'*accipiens* de mauvaise foi n'est pas un voleur, et on ne peut pas, par conséquent, songer à lui appliquer cette disposition, qui, par sa nature même, comporte l'interprétation restrictive (1).

Ainsi, quant à la responsabilité de l'*accipiens*, au cas de perte ou de dégradation de la chose indûment payée, il faut, en définitive, distinguer trois hypothèses :

Ou l'*accipiens* a reçu de bonne foi et se trouvait encore de bonne foi lorsque la chose a été détruite ou détériorée; dans ce cas, il n'encourt aucune responsabilité, alors même que la perte ou la dégradation résulterait de son fait volontaire.

Ou il a reçu de bonne foi, mais sa bonne foi avait cessé quand la chose a été détériorée ou détruite; dans ce cas, il répond de la perte ou de la dégradation causée par sa faute, mais seulement de celle-là.

Ou enfin il était de mauvaise foi dès le moment où il a reçu la chose : dans ce cas, il est responsable même de la perte ou de la dégradation survenue par cas fortuit (2).

La mauvaise foi qui existait chez l'*accipiens*, lorsque la chose a péri ou a été détériorée, entraîne donc pour lui une responsabilité plus ou moins étendue suivant qu'elle remontait ou non à l'époque du paiement. L'aggravation de la responsabilité, quand la mauvaise foi est contemporaine du paiement, s'explique par cette considération que la possession de l'*accipiens* est alors viciée dans son principe même (3).

Notons que l'*accipiens*, même lorsqu'il était de bonne foi au moment de la destruction ou de la dégradation de la chose, ne saurait conserver le bénéfice qu'il a pu en retirer, sans quoi il s'enrichirait sans cause aux dépens d'autrui. Par

bière, VII, p. 510 (art. 1378 et 1379, n. 3); Demolombe, XXXI, n. 370; Laurent, XX, n. 376.

(1) Colmet de Santerre, V, n. 360 *bis*-I *in fine;* Demolombe, XXXI, n. 371; Laurent, XX, n. 376, al. 2, p. 398; Arntz, III, n. 470, p. 233 *in fine.* — V. cep. Duranton, XIII, n. 693; Planiol, II, 1re édit., n. 890, 2e et 3e édit., n. 852.

(2) *Contra* Mourlon, *Rép. écrit.*, II, n. 1684.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 360 *bis*-II, al. 2 *in fine:* Larombière, VII, p. 511 (art. 1378-1379, n. 3 *in fine*); Demolombe, XXXI, n. 369.

exemple, au cas où il a vendu les matériaux provenant d'un bâtiment démoli par lui, il doit en restituer le prix, s'il l'a reçu, ou la créance contre l'acheteur, si le prix ne lui a pas encore été payé ([1]).

2844. Au cas où l'*accipiens* a vendu la chose, il n'est tenu qu'à la restitution du prix par lui perçu, s'il est de bonne foi, et cela alors même que ce prix serait inférieur à la véritable valeur de la chose. Au contraire, l'*accipiens* de mauvaise foi peut, dans cette même hypothèse, être tenu de restituer une somme égale à la véritable valeur de la chose, sans préjudice de plus amples dommages et intérêts, s'il y a lieu ([2]). C'est ce qui résulte par argument *a contrario* de l'art. 1380, ainsi conçu : « *Si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la chose,* » *il ne doit restituer que le prix de la vente* ».

Ce texte paraît n'exiger la bonne foi qu'au moment de la réception ; mais il n'est pas douteux qu'elle doit exister à l'époque de l'aliénation. Il faut que celle-ci ait eu lieu sans fraude ([3]).

2844 I. L'art. 1380 vise exclusivement, dans ces termes, la *vente* de la chose indûment payée. Mais, à raison de l'esprit de sa disposition, la même solution doit être donnée pour toute autre espèce d'aliénation que l'*accipiens* aurait consentie de cette chose. Les raisons de décider sont toujours les mêmes. Il s'ensuit que, si l'*accipiens* a fait de bonne foi donation de la chose par lui reçue, il ne doit rien restituer, puisqu'il ne s'est pas enrichi ([4]).

Mais, au contraire, si, au moment où il a donné, il était de mauvaise foi, il devra au *solvens* une somme égale à la véritable valeur de la chose indûment payée, sans préjudice

([1]) Larombière, VII, p. 511 (art. 1378-1379, n. 4); Demolombe, XXXI, n. 368; Arntz, III, n. 470, *a in fine*.

([2]) Pothier, *Tr. du quasi-contrat promutuum et de l'action condictio indebiti*, n. 177; Colmet de Santerre, V, n. 361 *bis*-I; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 736; Larombière, VII, p. 510 (art. 1378-1379, n. 3); Demolombe, XXXI, n. 403; Laurent, XX, n. 377; Arntz, III, n. 470 *in fine*; Thiry, III, n. 200, p. 222 *in fine*; Planiol, II, 1re édit., n. 891, 2e et 3e édit., n. 853.

([3]) Marcadé, V, sur les art. 1378-1380, II *in fine*; Colmet de Santerre, V, n. 361 *bis*-I *in fine*; Demolombe, XXXI, n. 402; Huc, VIII, n. 400, p. 530.

([4]) Toullier, XI, n. 96; Larombière, VII, p. 519 (art. 1380, n. 2).

de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu, bien qu'il n'ait retiré aucun profit de l'aliénation.

2845. Au cas où l'*accipiens* a aliéné la chose indûment reçue, celui qui a payé cette chose peut-il la revendiquer entre les mains du détenteur? Ecartons tout d'abord l'hypothèse où, s'agissant d'un objet mobilier corporel, le détenteur serait en situation d'invoquer la règle *En fait de meubles la possession vaut titre ;* nul doute qu'il ne puisse alors écarter l'action en revendication du propriétaire. Il faut donc supposer, pour que la question puisse s'élever, que la chose indûment payée est un immeuble, ou, si c'est un meuble, que le détenteur n'est pas protégé par la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* (1).

Le droit romain refusait dans tous les cas l'action contre les tiers détenteurs; il partait de cette idée que le *solvens* avait eu l'intention de transférer la propriété à l'*accipiens*, et celui-ci l'intention de l'acquérir : ce qui suffisait pour que la propriété fût transférée. N'étant plus propriétaire, le *solvens* ne pouvait donc pas revendiquer (2).

La solution contraire nous semble devoir être admise dans notre droit actuel. Remarquons d'abord que le *solvens* n'a pas pu vouloir transférer la propriété, lorsque l'obligation, dont il croyait être tenu et en exécution de laquelle il a payé, était une obligation ayant par elle-même et par elle seule la vertu d'opérer ce transfert. Ainsi, persuadé à tort que mon père, dont je suis héritier, vous a vendu sa maison, je paie, c'est-à-dire que je vous délivre cette maison. En effectuant ce paiement, je n'ai pas pu me proposer de vous rendre propriétaire, puisque je croyais que vous l'étiez déjà. Comment donc ce paiement, fait sans intention de vous transférer la propriété, pourrait-il néanmoins produire ce résultat? Et, si l'on suppose que le *solvens* a entendu transférer la propriété

(1) Marcadé, V, art. 1378-1380, III, al. 2 *in fine :* Colmet de Santerre, V, n. 361 *bis*-III ; Larombière, VII, p. 520 (art. 1380, n. 7, al. 2) ; Demolombe, XXXI, n. 414 : Laurent, XX, n. 378 *in fine ;* Arntz, III, n. 472 ; Thiry, III, n. 201 ; Planiol, II, 1re édit., n. 854 *in fine*, 2e et 3e édit., n. 892 *in fine*.

(2) L. 36, D., *De acquirendo rerum dominio*, XLI, 1. — V. aussi *Instit.*, liv. IV, *De actionibus*, § 1 et 14.

à l'*accipiens* (ce qui peut arriver si l'obligation de donner n'a pas opéré cette translation, par exemple s'il s'agissait d'une vente de dix hectares de terre à prendre dans un terrain plus grand), alors le paiement constitue une aliénation faite sur une fausse cause, et il doit être de nul effet, de même que le serait une obligation sur une fausse cause. Art. **1131**.

En deux mots, le paiement indû n'a pas pu rendre l'*accipiens* propriétaire, soit parce qu'il ne constituait pas un acte d'aliénation, s'il a été fait en exécution d'une obligation translative de propriété, soit parce qu'il constituait une aliénation sur fausse cause, s'il a été fait en exécution d'une obligation de donner non translative de propriété. L'*accipiens*, n'étant pas devenu propriétaire, n'a pas pu lui-même transférer la propriété, d'après la règle *Nemo dat quod non habet;* le *solvens* est donc demeuré propriétaire, et, par conséquent, il peut revendiquer contre le détenteur (1).

Mais, si l'*accipiens* a aliéné à titre onéreux, il va nécessairement être recherché par une action en garantie à la suite de l'éviction du détenteur, et sa bonne foi ne lui permettra pas d'échapper à une condamnation en des dommages et intérêts, outre la restitution du prix. Art. **1630**. Autoriser le *solvens* à agir en revendication contre le tiers détenteur, c'est donc faire perdre à l'*accipiens* de bonne foi le bénéfice de l'art. **1380** qui le déclare tenu seulement de la restitution du prix de la vente. Quelques auteurs ont vu là une objection suffisante pour condamner d'une manière absolue le système qui permet au *solvens* d'agir en revendication contre le tiers détenteur (2).

En tout cas, l'objection ne serait concluante que dans les hypothèses où l'éviction du détenteur pourrait donner lieu à un recours en garantie contre l'*accipiens;* elle n'aurait plus aucune portée lorsque ce recours n'existe pas, et notamment

(1) *Sic* Duranton, XIII, n. 683; Marcadé, V, art. 1378-1380, III; Mourlon, II, n. 1686; Larombière, VII, p. 520 (art. 1380, n. 7); Demolombe, XXXI, n. 400-415; Laurent, XX, n. 378-379; Arntz, III, n. 473; Huc, VIII, n. 400, al. 5, p. 530; Thiry, III, n. 201; Planiol, 1re édit., n. 854, 2e et 3e édit., n. 892. — Cpr. Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 737 *in fine* et p. 738, texte et note 37.

(2) Delvincourt, III, p. 681; Toullier, XI, n. 97 s. — V. aussi Colmet de Santerre, V, n. 361 *bis*-III et 361 *bis*-IV.

lorsque l'*accipiens* a aliéné à titre gratuit ou lorsqu'il a aliéné à titre onéreux avec clause de non-garantie. Cette remarque a servi de base à une autre opinion, qui fait la distinction suivante : l'action en revendication du *solvens* peut être dirigée contre les tiers détenteurs toutes les fois qu'elle ne sera pas susceptible de réfléchir contre l'*accipiens;* dans le cas contraire, elle devra être refusée (1).

Mais nous n'admettons même pas ce moyen terme, et nous croyons que le *solvens* peut, dans tous les cas, exercer l'action en revendication contre le tiers détenteur. L'art. 1380 règle les rapports de l'*accipiens* et du *solvens;* il ne se préoccupe nullement des rapports du *solvens* avec les tiers détenteurs; il ne fait donc nul obstacle à l'action en revendication du *solvens*.

Seulement si, à la suite de cette action, l'*accipiens* se trouve forcé, par suite de l'obligation de garantie dont il est tenu, de payer au tiers détenteur évincé une somme supérieure au prix qu'il a touché, il aura le droit de se retourner contre le *solvens* et de lui dire : « Dans mes rapports avec vous, je ne suis tenu que *quatenus locupletior factus sum,* et vous ne pouvez pas par votre fait m'imposer une charge plus lourde; je vous demande donc la restitution de tout ce que j'ai été condamné à payer en sus du prix que j'ai touché » (2).

2845 I. Au cas où l'objet du paiement était une chose fongible, par exemple une somme d'argent, elle ne peut être restituée que par équivalent, car les choses de cette nature ne sont pas déterminées dans leur individualité. Celui qui reçoit une chose fongible — qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi — est réputé s'enrichir, sans qu'on ait à rechercher s'il en a réellement retiré un profit; il est obligé, en vertu du *promutuum,* comme il le serait en vertu d'un prêt de consommation, à restituer la même somme ou la même quantité. Sa bonne foi ne saurait le soustraire à cette obliga-

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 178.

(2) *Sic* Duranton, Marcadé, *loc. cit.;* Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 738, texte et note 38; Laurent, XX, n. 379 *in fine;* Huc, VIII, n. 400, al. 5 *in fine*. — *Contra* Larombière, VII, p. 523 *in fine*-525 (art. 1380, n. 9); Demolombe, XXXI, n. 416. — V. aussi Planiol, II, 1re éd., n. 893, 2e et 3e éd., n. 855.

tion ; elle ne peut avoir d'autre effet que de le dispenser de la restitution des intérêts. Arg. art. 1378 (1).

2845 II. Quand la prestation accomplie à titre de paiement consistait en faits, services ou prestations personnelles, il ne peut être question de les restituer que sous forme d'indemnité. Si l'*accipiens* était de mauvaise foi, il est tenu de les payer d'après leur valeur intrinsèque. Mais, s'il était de bonne foi, l'indemnité doit être simplement égale au bénéfice qu'il a retiré de l'accomplissement de la prestation, car l'action en répétition de l'indû n'est donnée contre l'*accipiens* de bonne foi que jusqu'à concurrence de son enrichissement (2).

II. *Restitution des intérêts et des fruits.*

2846. Aux termes de l'art. 1378 : « *S'il y a eu mauvaise* » *foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer,* » *tant le capital que les intérêts ou les fruits du jour du paie-* » *ment* ». Ainsi l'*accipiens* de mauvaise foi doit les intérêts de plein droit, par conséquent sans qu'une sommation soit nécessaire (3). Il doit même les fruits qu'il a manqué de percevoir, car, en ce qui les concerne, il a commis une négligence (4).

De la disposition de l'art. 1378, il faut induire *a contrario* que, si l'*accipiens* est de bonne foi, il fait siens les fruits et intérêts, ou, du moins, ne doit les intérêts que du jour de la sommation (5).

(1) Larombière, VII, p. 512 (art. 1378-1379, n. 6); Demolombe, XXXI, n. 391.

(2) Larombière, VII, p. 512 (art. 1378-1379, n. 7); Huc, VIII, n. 399 *in fine*.

(3) Req., 11 déc. 1888, S., 89. 1. 80, D. P., 90. 1. 342. — Bordeaux, 4 mars 1897, *Journ. des Arrêts de Bordeaux*, 97. 1. 229.

(4) Toullier, XI, n. 105; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 736; Larombière, VII, p. 515 (art. 1378-1379, n. 11).

(5) Civ. cass., 2 juill. 1827, S. chr., VIII. 1. 630. — Caen, 20 mars 1891, S., 92. 2. 204, D. P., 92. 2. 177. — Riom, 10 juill. 1893, D. P., 95. 2. 379. — Civ. rej., 3 fév. 1904, S., 1904. 1. 264, D. P., 1904. 1. 215, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 281. — V. aussi Civ. cass., 2 juill. 1879, S., 79. 1. 380, D. P., 79. 1. 372; 22 juin 1892, S., 93. 1. 51, D. P., 92. 1. 565. — V. dans le même sens Colmet de Santerre, V, n. 359 *bis*-I; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 735; Larombière, VII, p. 514 (art. 1378-1379, n. 10); Demolombe, XXXI, n. 339; Laurent, XX, n. 372; Arntz, II, n. 470; Vigié, II, n. 1694; Thiry, III, n. 200; Huc, VIII, n. 399; Planiol, II, 1re édit., n. 886, 2e et 3e édit., n. 848.

Il est donc traité comme un possesseur de bonne foi, et cette solution est conforme à l'équité, car il a cru que la chose payée lui était due et qu'il en devenait propriétaire. Mais si, après avoir reçu de bonne foi, il apprend quelle est la véritable situation, il doit les fruits à partir du moment où il la connaît. Arg. art. 549 et 550 (1).

2846 I. Toutefois, lorsque ce sont des intérêts ou arrérages qui ont été indûment payés, l'*accipiens*, alors même qu'il est de bonne foi, n'est pas admis à les retenir, car, dans cette hypothèse, les intérêts ou arrérages constituent la chose principale soumise à la restitution; ils forment donc un véritable capital (2).

2846 II. L'*accipiens* de bonne foi a loué la chose à vil prix, en consentant un bail de plusieurs années, alors que sa bonne foi durait encore; mais, en cours de bail, il apprend que le paiement ne lui était pas dû. Que devra-t-il restituer en ce qui regarde les loyers? S'il ne s'était pas trouvé de bonne foi au moment du bail, il devrait compte des fruits suivant leur valeur estimative, et non pas seulement d'après les loyers stipulés par lui. Mais, dans notre hypothèse, comme il a loué de bonne foi, la restitution ne devra porter que sur les loyers perçus depuis sa mauvaise foi. On ne saurait prétendre que, depuis la survenance de celle-ci, l'*accipiens* répond de la différence entre les loyers convenus dans le bail et la véritable valeur des fruits. Il était de bonne foi quand il a consenti le bail. Il n'est donc pas responsable de cet acte. Or, n'étant pas responsable de cet acte, il ne saurait l'être de ses conséquences normales, au nombre desquelles figure la différence dont nous parlons (3).

2846 III. Celui à qui des choses fongibles autres que des sommes d'argent ont été indûment payées et qui les a reçues

(1) Marcadé, V, sur les art. 1378-1380, I; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 736; Larombière, VII, p. 513 (art. 1378-1379, n. 8, al. 2). — Cpr. Duranton, XIII, n. 694.

(2) *Sic* Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 735, texte et note 28; Larombière, VII, p. 513 (art. 1378-1379, n. 8, al. 1 *in fine*); Laurent, XX, n. 373; Huc, VIII, n. 399, p. 528. — Req., 4 août 1859, S., 60. 1. 33, D. P., 59. 1. 362. — Gand, 20 juill. 1889, *Pasicr.*, 1890. 2. 102. — *Contra* Massé et Vergé sur Zachariæ, II, § 295, note 1; Demolombe, XXXI, n. 340-341.

(3) Larombière, VII, p. 515 (art. 1378-1379, n. 11); Demolombe, XXXI, n. 349.

de mauvaise foi est, selon nous, comptable des intérêts de la valeur estimative de ces choses à partir du paiement.

Larombière et Demolombe sont d'un avis contraire. Ils se fondent sur ce que la loi, dans les textes qui font courir les intérêts de plein droit, n'assimile pas aux sommes d'argent les autres choses fongibles. Celles-ci ne peuvent produire d'intérêts qu'à la suite d'une demande (aujourd'hui d'une mise en demeure) ou d'une convention expresse. Art. 1155 et 1905. Celui qui a reçu de mauvaise foi des choses de cette espèce est donc simplement passible de dommages-intérêts, suivant les circonstances (1).

Mais d'autres auteurs, Aubry et Rau, Laurent, pensent avec raison que, dans notre hypothèse, les intérêts de la valeur estimative des choses fongibles doivent être bonifiés à compter du paiement. Peu importe que les divers textes qui font courir les intérêts de plein droit visent exclusivement les sommes d'argent. Lorsque le paiement indû a eu pour objet d'autres choses fongibles, le fait même que l'*accipiens* de mauvaise foi a joui de ces choses, l'oblige à indemniser complètement le propriétaire privé de cette jouissance, or, pour que ce dernier soit, en effet, complètement indemnisé, il est nécessaire qu'on lui restitue à la fois la valeur estimative des choses payées et les intérêts de cette somme (2).

2846 IV. Les intérêts que doit restituer l'*accipiens* de mauvaise foi sont prescriptibles seulement par trente ans. Il ne peut être question de leur appliquer la prescription quinquennale. D'une part, la dette de ces intérêts étant fondée sur la mauvaise foi, il ne rentre point dans l'esprit de la disposition de l'article 2278 qu'elle puisse être prescrite par cinq ans. La nature même de cette dette s'oppose à ce qu'elle s'éteigne par une courte prescription. D'autre part, les termes de ce même article y font également obstacle, car, évidemment, on ne saurait dire que les intérêts dont l'*accipiens* de mauvaise foi est comptable sont payables « par année ou à des termes

(1) Larombière, VII, p. 515 (art. 1378-1379, n. 12); Demolombe, XXXI, n. 351.
(2) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 735; Laurent, XX, n. 374; Arntz, III, n. 470; Huc, VIII, n. 399, p. 529.

périodiques plus courts ». Ce sont des intérêts indûment perçus qui forment avec le capital une seule dette, et cette dette unique est soumise à la prescription de droit commun (1).

III. *Situation dans laquelle se trouvent les héritiers de l'*accipiens.

2846 v. Les héritiers ou autres successeurs universels de l'*accipiens* doivent, au point de vue de l'application des dispositions des articles **1378**, **1379** et **1380**, subir les conséquences de la mauvaise foi de celui-ci, alors même qu'ils seraient personnellement de bonne foi. Ils sont donc tenus, comme l'eût été leur auteur, de restituer les intérêts ou les fruits à partir du paiement, et non pas simplement à compter de la mise en demeure, et la restitution doit porter non seulement sur les intérêts ou les fruits échus ou perçus du vivant de l'*accipiens* de mauvaise foi, mais encore sur ceux échus ou perçus depuis le décès de ce dernier. Les obligations nées de quasi-contrats passent aux héritiers et autres successeurs universels comme les obligations conventionnelles (2).

C'est ainsi que, nonobstant leur bonne foi personnelle, les héritiers de celui qui a reçu un supplément de prix stipulé dans une contre-lettre, au cas de cession d'un office, sont comptables des intérêts de ce supplément de prix à partir du paiement (3).

Les héritiers de l'*accipiens* de mauvaise foi répondent également, dans les mêmes conditions que leur auteur, de la perte de la chose payée, bien qu'ils fussent de bonne foi.

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VIII, p. 438; Larombière, VII, p. 517 (art. 1378-1379, n. 15); Laurent, XXXII, n. 465; Guillouard, *Tr. de la prescription*, 2e édit., n. 673-I; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n. 791. — C. cass. de Belgique, 28 fév. 1850, *Pasicr.*, 1850. 1. 268. — Angers, 10 déc. 1853, S., 54. 2. 529. — Civ. rej., 28 mai 1856, S., 56. 1. 587, D. P., 56. 1. 377. — Paris, 25 nov. 1856, joint à Req., 10 juin 1857, S., 58. 1. 59, D. P., 58. 1. 117. — Civ. cass., 17 mai 1865, S., 65. 1. 250, D. P., 65. 1. 273.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 737, texte et note 33; Larombière, VII, p. 513 (art. 1378-1379, n. 8, al. 3); Demolombe, XXXI, n. 354-355; Laurent, XX, n. 371.

(3) Req., 10 juin 1857, S., 58. 1. 59, D. P., 58. 1. 117. — Rouen, 3 juin 1864, S., 65. 2. 287. — Civ. cass., 8 juin 1864, S., 64. 1. 388, D. P., 64. 1. 273. — Civ. cass., 17 mai 1865, précité.

En ce qui concerne l'obligation pour ces héritiers de restituer les intérêts et fruits à raison de la mauvaise foi de leur auteur, notre solution peut être donnée même par ceux qui décident que, dans le cas prévu par les art. 549 et 550, les héritiers du possesseur de mauvaise foi sont dispensés de restituer les fruits par eux perçus. L'auteur de ces héritiers, à la différence de la personne qui a reçu de mauvaise foi le paiement indû, n'était tenu d'aucune obligation à l'égard du demandeur soit en vertu d'un contrat, soit en vertu d'un quasi-contrat. Il était seulement obligé d'indemniser le propriétaire du dommage que lui causait sa possession, et, comme cette possession a pris fin par son décès, sa mauvaise foi ne saurait avoir d'effet quant à l'attribution des fruits perçus ultérieurement (1).

IV. *Dépenses faites par l'*accipiens *relativement à la chose reçue.*

2847. On voit que la bonne foi ou la mauvaise foi de l'*accipiens* joue un rôle important relativement à l'étendue des prestations dont il est tenu. Sur un point cependant sa situation est la même, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi : « *Celui auquel la chose est restituée* », dit l'art. 1381, « *doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, de toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose* ».

Les dépenses de conservation profitent au propriétaire qui reprend sa chose; car il aurait dû les faire, s'il fût demeuré en possession. En l'obligeant à les rembourser au possesseur même de mauvaise foi, la loi ne fait que consacrer ce principe d'équité qui ne permet en aucun cas de s'enrichir aux dépens d'autrui (2).

La loi ne s'est préoccupée que des dépenses faites *pour la conservation de la chose*. Elle les qualifie, contrairement à la terminologie usitée, de *nécessaires* et *utiles*, faisant probablement allusion par le mot *nécessaires* au cas où les dépenses

(1) Demolombe, XXXI, n. 355 *in fine*.
(2) V. *infra*, n. 2849 ii s.

sont urgentes, et par le mot *utiles* à celui où elles auraient pu être différées et constituent seulement un acte de sage et prévoyante administration (1). Dans les deux cas le *solvens* doit rembourser le montant intégral des dépenses sans qu'il y ait à se préoccuper de la question de la plus-value.

2848. Vu le silence de la loi, il y aurait lieu d'appliquer les règles du droit commun en ce qui concerne les autres dépenses faites par l'*accipiens*, c'est-à-dire les dépenses d'amélioration, appelées ordinairement dépenses *utiles*, et les dépenses de pur agrément ou dépenses *voluptuaires*; ce qui nous conduit à formuler ces propositions, sans que nous ayons à distinguer suivant que l'*accipiens* est de bonne ou de mauvaise foi :

1° Pour les dépenses utiles proprement dites, l'*accipiens* n'a droit à une indemnité que jusqu'à concurrence de la plus-value qui en résulte. Si le montant de la plus-value excède celui de la dépense, le demandeur en répétition n'est tenu que dans la mesure de ce dernier. Si, au contraire, c'est le montant de la dépense qui excède celui de la plus-value, l'*accipiens* ne peut réclamer qu'une indemnité égale au montant de la plus-value, alors même qu'il fût de bonne foi (2);

2° Pour les dépenses voluptuaires, l'*accipiens* n'a droit à aucune indemnité, sauf l'exercice du *jus tollendi* dans le cas où les objets placés par lui sur la chose et constituant la dépense voluptuaire sont susceptibles d'être enlevés sans que cette chose en soit endommagée. Arg. art. 599, al. 3 (3).

2849. Pour le remboursement soit des dépenses nécessaires, soit des dépenses d'amélioration, l'*accipiens* jouit d'un droit de rétention. Mais faut-il distinguer entre celui qui a

(1) Colmet de Santerre, V, n. 362 *bis*, al. 2 *in fine*: Demolombe, XXXI, n. 378. — Cpr. Marcadé, V, sur l'art. 1381, I; Huc, VIII, n. 401.

(2) Delvincourt, III, p. 451; Marcadé, V, sur l'art. 1381, II; Colmet de Santerre, V, n. 362 *bis*: Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 737, texte et note 34; Larombière, VII, p. 528 *in fine*-530 (art. 1381, n. 5); Demolombe, XXXI, n. 381 s.: Laurent, XX, n. 382; Arntz, III, n. 471; Huc, VIII, n. 401, al. 4; Thiry, III, n. 200 *in fine*, p. 223. — V. cependant Duranton, XIII, n. 695; Mourlon, II, n. 1689, al. 2.

(3) Marcadé, Aubry et Rau, *loc. cit.*: Demolombe, XXXI, n. 388-389: Arntz, III, n. 471 *in fine*: Huc, VIII, n. 401, al. 5; Thiry, III, n. 200 *in fine*. — Cpr. Mourlon, II, n. 1689, al. 3; Larombière, VII, p. 530 (art. 1381, n. 8): Laurent, XX, n. 383.

reçu de bonne foi et celui qui a reçu de mauvaise foi? Quelques auteurs prétendent que, si l'*accipiens* a possédé de mauvaise foi, sa possession est trop vicieuse pour pouvoir servir de principe au droit de rétention. C'est mal raisonner. Les motifs sur lesquels le droit de rétention est fondé ne permettent pas de faire cette distinction, et, d'ailleurs, les conditions requises pour l'existence de ce droit se rencontrent aussi bien lorsque l'*accipiens* est de mauvaise foi que lorsqu'il est de bonne foi (1).

2849 I. Quelle est celle des deux parties qui doit supporter définitivement les frais du paiement sans cause, notamment les loyaux coûts d'actes et les droits d'enregistrement? S'il y eu bonne foi ou imprudence égale des deux côtés, ces frais doivent demeurer à la charge de la partie qui les a acquittés. Elle ne peut, à aucun titre, s'en faire indemniser, car le dommage qui résulte pour elle de leur paiement n'est pas imputable à l'autre partie et ne lui a procuré aucun profit.

Mais, s'il a y eu, de la part de cette dernière seule, faute ou imprudence, il faut donner la solution contraire (2).

La même question se pose pour les frais de restitution de la chose. D'après nous, si le paiement a été reçu de bonne foi, ils incombent au *solvens*. Dans l'autre hypothèse, ils sont à la charge de l'*accipiens*, car c'est en connaissance de cause qu'il s'est exposé à la répétition, et les frais dont il s'agit sont une conséquence de sa fraude (3).

(1) *Sic* Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 737; Demolombe, XXXI, n. 393, et IX, n. 682; Huc, VIII, n. 401 *in fine*. — V. aussi Marcadé, II, sur l'art. 555, n. 5; Colmet de Santerre, IX, n. 5 *bis*-IV; Glasson, *Dr. de rétent.*, p. 131; Guillouard, *Dr. de rétent.*, n. 75. — *Contra*, dans le sens de la distinction, Troplong, *Priv. et hyp.*, I, n. 260; Larombière, VII, p. 531 (art. 1381, n. 11); Thézard, *Priv. et hyp.*, n. 26. — Pothier distinguait, *Tr. de la propriété*, n. 345, 451.

(2) Larombière, VII, p. 532 (art. 1381, n. 13). — Cpr. Demolombe, XXXI, n. 392.

(3) Larombière, VII, p. 532 (art. 1381, n. 14). — Cpr. Demolombe, *loc. cit.*

APPENDICE A L'ÉTUDE DES QUASI-CONTRATS

DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE AUX DÉPENS D'AUTRUI [1].

2849 II. Nous avons déjà mentionné à plusieurs reprises une action que les commentateurs de notre droit moderne désignent sous le nom d'action *de in rem verso* [2]. Nous en avons parlé à propos de la gestion d'affaires [3] et de la répétition de l'indû [4]. Cette action tient actuellement une place importante dans la pratique, et son rôle paraît destiné à grandir encore.

Nous la définirons ainsi : c'est l'action par laquelle une personne poursuit la restitution de l'enrichissement qui s'est produit à ses dépens et sans cause juridique dans le patrimoine du défendeur.

Elle n'est pas autre chose que la sanction de ce grand principe d'équité : Nul ne doit s'enrichir injustement au préjudice d'autrui.

Qu'on se renferme dans les anciens procédés d'interprétation ou qu'on use, suivant l'expression de M. Gény, de « la libre recherche scientifique » [5], l'équité veut que l'on reconnaisse à ce principe une valeur juridique. En effet, si, procé-

(1) V. sur cette importante matière Georges Raynaud, *De l'action* de in rem verso *en droit français,* thèse, Paris, Arthur Rousseau, 1899; Constantin C. Stoïcesco, *De l'enrichissement sans cause,* thèse, Paris, Chevalier-Marescq, 1904; Georges Ripert et M. Tesseire, *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français, Rev. trim. de dr. civ.*, 3e année, 1904, p. 727-796. — V. aussi Petiton, note sous Req., 11 juill. 1889, dans D. P., 89. 1. 393; Labbé, notes sous Req., 11 juillet 1889, et 15 juin 1892, dans S., 90. 1. 97, et S., 93. 1. 281; Planiol, note sous Req., 16 juill. 1890, dans D., 91. 1. 49-50, et *Tr. élém. de dr. civ.*, II, 1re édit., n. 971-977, 2e, 3e et 4e édit., n. 932-938 *bis*; Ripert, note sous Lyon, 11 janv. 1906, *Pand. franç. pér.*, 1906. 2. 325-326, et *Examen doctrinal, jurispr. civ., Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, nouv. série, XXXVI (1907), p. 207-211.

(2) Mais, si, pour la désigner, on tenait à puiser dans la terminologie romaine, il eût mieux valu, comme nous le montrerons, emprunter à celle-ci l'expression *condictio sine causa*. V. *infra*, n. 2849 v.

(3) V. *supra*, n. 2792, 2796, 2799, 2817 *in fine*, 2823.

(4) V. *supra*, n. 2830 I, 2848.

(5) *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* (Paris, 1919), p. 460.

dant timidement, comme la plupart des commentateurs, on décide simplement qu'on peut se fonder sur les considérations d'équité pour présumer la volonté du législateur, ces considérations sont ici bien assez fortes pour faire dire que les rédacteurs du Code ont eu l'intention, notamment en écrivant la disposition de l'article 1371 (1), d'autoriser la demande en restitution de l'enrichissement sans cause. Et si, trouvant hasardeuse cette recherche de la volonté du législateur, on pense, avec la nouvelle école, que l'équité *consultée en soi est un des éléments objectifs qui déterminent les solutions requises par le droit positif* (2), on doit, à plus forte raison, admettre l'applicabilité de notre principe sous l'empire du Code civil.

I. *Historique.*

A. *Droit romain.*

2849 III. La théorie de l'enrichissement sans cause, comme tant d'autres qui procèdent également d'une idée de justice et d'équité, a été créée par le droit romain. Elle est une conséquence nécessaire du *suum cuique tribuere*. L'idée qui sert de base à cette théorie a été formulée très nettement par Pomponius : « ... *Quia bono et æquo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum* » (3). Mais, avant tout, il nous faut transcrire ici la fameuse maxime du même jurisconsulte : « *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem* » (4).

Au début, le *sacramentum* et la *judicis postulatio* servirent à réprimer l'enrichissement injuste (5). Plus tard, pour mieux atteindre le même but, fut créée cette action de droit strict qu'on appelle *condictio* (6) : « Elle a été admise d'une manière

(1) D'après des auteurs considérables, l'enrichissement sans cause est un quasi-contrat. V. surtout Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 455-456.

(2) Gény, *op. cit.*, n. 163, p. 487.

(3) L. 6, § 2, D., *De jure dotium*, XXIII, III.

(4) L. 206, D., *De div. reg. jur.*, L, XVII.

(5) V. la loi *Acilia repetundarum*, lignes 23 et suiv., Girard, *Textes de droit romain*, 3e édit., p. 36 ; Gaius, IV, 20.

(6) Nous adoptons l'opinion suivant laquelle les actions de droit strict ne sont

empirique partout où le besoin s'en est fait ressentir, pour un ensemble de créances disparates, dit M. Girard... La *condictio* est bien en principe une action en répétition. Seulement elle se fonde non pas sur l'idée de contrat, dont partait Savigny avec le *mutuum*, mais sur l'idée de dation, ou plus largement sur l'idée de conservation sans cause, en sorte que la *condictio*, fondée sur l'enrichissement injuste, naît également contre celui qui tient en vertu d'un prêt de consommation, en vertu du paiement de l'indû, ou même, sans dation, en vertu d'une acquisition sans cause.... Il faut, à notre sens, louer... l'importance donnée à l'idée heureuse et féconde selon laquelle la *condictio* donnée *ex re* se fonde, dans sa notion essentielle, sur une idée d'*enrichissement injuste* et non pas de contrat » (1).

Cette opinion trouve une base des plus solides dans les décisions des jurisconsultes romains : « *In id quod factus sit locupletior, æquissimum erit in eum dari repetitionem; nec enim debet ex alieno damno esse locuples* ». Ainsi s'exprimait Ulpien (2). Et Africain, s'autorisant de l'avis de Julien, disait : « *posse te mihi pretium condicere, Julianus ait; quasi ex re tua locupletior factus sim* » (3).

La *condictio* primitive se divisa en plusieurs branches, dont chacune présentait des caractères particuliers. Sur ce point, l'œuvre des jurisconsultes de l'époque classique fut complétée par Justinien, qui a le premier établi la classification des *condictiones* (4). Pour ne pas sortir du cadre de notre étude, nous passerons sous silence la *condictio indebiti*, la *condictio ob causam datorum* ou *causa data causa non secuta*, la *condictio ob turpem causam* et la *condictio ob injustam causam*, bien qu'elles eussent toutes pour but la restitution

pas toutes des *condictiones*. V. en ce sens, Girard, *Man. élém. de dr. rom.*, 1re édit., p. 594, 2e édit., p. 599, 3e édit., p. 607-608, et les auteurs cités par lui. — V. en sens contraire Accarias, *Préc. de dr. rom.*, II, n. 868, 4e édit., p. 999.

(1) Girard, *L'histoire de la condictio d'après M. Pernice*, dans la *Nouv. rev. hist.*, XIX, 1895, p. 413-417.

(2) L. 8, § 22, D., *De transact.*, II, XV.

(3) L., 23, D., *De reb. cred.*, XII, I.

(4) Girard, *Man. élém. de dr. rom.*, 1re édit., p. 598, 2e édit., p. 603 *in fine*. 3e édit., p. 612.

d'un bénéfice illégitime. Nous dirons simplement quelques mots de la *condictio sine causa* au sens étroit.

Les diverses *condictiones* qui avaient reçu un nom spécial étaient, au sens large, des *condictiones sine causa*. Mais, en vue de permettre presque toujours la restitution de l'enrichissement injuste, Justinien établit une *condictio* supplétoire, la *condictio sine causa* au sens strict, qui pouvait être employée dans de nombreux cas où l'enrichissement était sans cause soit dès le début, soit après coup. Cette *condictio*, il est vrai, ne pouvait pas toujours intervenir quand toute autre faisait défaut, et même, contrairement à ce qu'on a pensé longtemps, la personne appauvrie n'avait pas, en l'absence de *condictio*, la ressource d'une action prétorienne *in factum* (1). Mais il n'en est pas moins vrai que la répression de l'enrichissement injuste tient une très grande place dans le droit romain.

2849 IV. En dehors des *condictiones*, le droit romain admettait des actions assez nombreuses qui avaient pour but d'obtenir, dans certains cas, la restitution d'un bénéfice injuste. Parmi ces actions, il en est une sur laquelle doit se porter notre attention, l'action *de peculio et de in rem verso*. Il s'agit ici, non pas, comme on l'a cru quelquefois, de deux actions distinctes, mais d'une action unique comprenant deux chefs (2). C'était une action *adjectitiæ qualitatis*, donnée dans les conditions suivantes. Lorsqu'une personne en puissance, non préposée à un commerce, avait, sans qu'il y eût *jussum*, contracté des dettes, les créanciers pouvaient poursuivre le *paterfamilias* par l'action du contrat jusqu'à concurrence du profit que ce contrat lui avait procuré (*in rem versum*). Mais, quant à l'excédent, leur droit de poursuite n'existait que dans les limites de l'actif du pécule (*de peculio*) (3).

(1) Girard, *op. cit.*, 1re édit., p. 605, 2e édit., p. 610, 3e édit., p. 618 *in fine*.

(2) « *Eadem formulà et de peculio et de in rem verso agitur* ». Gaius, IV, 74 *a in fine* — « *Licet enim una est actio qua de peculio deque eo quod in rem domini versum sit agitur, tamen duas habet condemnationes* ». *Instit.*, § 4, liv. IV, tit. VII, *Quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur*.

(3) Girard, *Man. élém. de dr. rom.*, 1re édit., p. 647, 2e édit., p. 652, 3e édit., p. 661. — Cpr. Accarias, *Pr. de dr. rom.*, II, n. 882 (4e édit., p. 1034 s.).

La doctrine française moderne a pris arbitrairement l'un des chefs de cette action pour dénommer celle qui sert aujourd'hui à demander, dans toutes les hypothèses, la restitution de l'enrichissement sans cause. Elle appelle habituellement, en effet, action *de in rem verso* l'action qu'il vaudrait beaucoup mieux désigner sous le nom de *condictio sine causa*. Les commentateurs du Code civil ont été, sans doute, déterminés par cette considération que le second chef de l'action *de peculio et de in rem verso* permettait de réclamer au chef de famille le montant de l'enrichissement injuste et sanctionnait, par conséquent, dans un cas particulier, le principe que nous étudions. Mais, évidemment, la logique exigeait qu'on choisît plutôt le nom de l'action qui servait le plus souvent à faire appliquer ce principe (1).

B. *Ancien droit français.*

2849 v. Dans l'ancien droit français, la question de l'enrichissement sans cause demeure inaperçue jusqu'au XIIIe siècle. Le *Livre de Jostice et de Plet* (2), dans son paragraphe intitulé « *De aucion de chose qui est rendue sanz cause* » (liv. VI, n. XIV), reproduit le titre du Digeste *De condictione sine causa* (XII, VII) (3). Beaumanoir admet la restitution dans certaines hypothèses d'enrichissement injuste (4); mais il ne traite pas spécialement de la matière. Bouteiller, dans la *Somme rural*, indique les grandes règles d'équité qui s'imposent au législateur, notamment celle-ci : *Locupletari non debet quis ex alterius jactura*. Et il l'explique en ces ter-

(1) Planiol, II, 1re édit., n. 974, 2e, 3e et 4e édit., n. 935; Stoïcesco, *op. cit.*, p. 46 *in fine*, et p. 47. — Cpr. Aubry et Rau, 4e édit., VI, p. 246, note 7; Demolombe, XXXI, n. 48.

(2) Rappelons que le *Livre de Jostice et de Plet* fut rédigé dans la seconde moitié du XIIIe siècle et certainement après 1259. Esmein, *Cours élém. d'hist. du dr. franç.*, 8e édit., p. 724.

(3) Edit. Rapetti, p. 157. — Il accordait aussi le droit à la répétition dans le cas de paiement de l'indû. Liv. VI, n. XIII, *De aucion de chose que l'on ne doit mie*, § I. Même édit., p. 157.

(4) Coutume de Beauvoisis, ch. XX, *Ci commence li vintismes chapitres de cest livre liqueus parole de ceus qui tienent eritages par cause de bonne foi et enseigne comment il doivent estre gardé de domage*, édit. Salmon (Paris, Picard, 1899), I, p. 302, n. 613.

mes : « Cette règle dict que nul ne se doit enrichir du dommage d'autruy » (1).

Dumoulin n'étudie pas spécialement le principe. Cependant il le vise plusieurs fois, notamment lorsqu'il dit à propos de la *condictio* appartenant à l'emphytéote : «.... *quod probatur naturali ratione quæ neminem patitur cum jactura aliena fieri locupletiorem* (2).

2849 VI. Il est un passage de Domat qui, malgré sa brièveté, mérite particulièrement d'être cité, car l'auteur s'y place à un point de vue général : « Celui qui se trouve avoir une chose d'un autre sans quelque juste cause, ou à qui une chose était donnée pour une cause qui cesse, ou sous une condition qui n'arrive point, n'ayant plus de cause pour la retenir, doit la restituer. Ainsi celui qui avait reçu une dot pour un mariage qui ne s'accomplit point ou qui est annulé, doit rendre ce qui n'était donné qu'à ce titre. Ainsi, à plus forte raison, ceux qui ont reçu de l'argent ou autre chose pour une cause injuste, sont tenus de le rendre » (3). A raison des rapports qui existent entre elles, Domat rassemble ici la *condictio sine causa* au sens strict, la *condictio ob rem finitam*, la *condictio causa data, causa non secuta*, et la *condictio ob injustam causam*. Il ne donne qu'un aperçu de l'enrichissement sans cause, mais cet aperçu ne manque point d'intérêt.

2849 VII. Quant à Pothier, c'est surtout dans son *Traité du quasi-contrat negotiorum gestorum* qu'il touche à notre matière ; mais, dans deux endroits de cet ouvrage, il s'exprime en termes assez larges pour montrer qu'il n'entendait point restreindre l'application du principe de l'enrichissement sans cause aux divers cas où le gérant n'a pas l'action de gestion d'affaire. Remarquons d'abord ce passage : « Celui qui a fait l'affaire d'une personne contre sa défense formelle, n'ayant

(1) *Somme rural*, ch. XXXVIII, *Cy après s'ensuyvent les reigles de droict; premièrement en latin et puis en françois*. Edit. de Charondas le Caron (1611 et 1621), p. 846.

(2) *Opera omnia* (1681), tit. I, *Des fiefs*, § 1, glos. V, *in verbo le fief*, n. 82 (t. I, p. 84). — V. aussi t. III, ch. I, *in princ., De verb. oblig.*, n. 32 (p. 21), et *Explicatio labirinthi*, pars II.

(3) *Lois civiles*, 1re part. liv. II, tit. VII, sect. I, § 10 (édit. Rémy, I, p. 466).

pas, suivant les principes que nous venons d'exposer, l'action *contraria negotiorum gestorum* contre cette personne, pour la répétition des frais de sa gestion, doit-elle les perdre, lorsque la personne, dont elle a fait l'affaire malgré sa défense, en a profité ?... Cela ne résiste-t-il pas à l'équité naturelle, qui ne permet pas que vous puissiez vous enrichir à mes dépens ? *Neminem æquum est cum detrimento alterius locupletari.* Cette équité ne doit-elle pas venir à mon secours? Et, à défaut de l'action *contraria negotiorum gestorum,* que je n'ai pas, ne doit-elle pas me donner pour la répétition de la somme que j'ai payée, et dont vous avez profité, l'action générale *in factum,* action qui a lieu *quoties alia actio deficit ?* Les docteurs sont partagés sur cette question. Elle doit souffrir moins de difficulté dans notre jurisprudence française, où l'on ne s'attache pas au nom des actions et *où l'équité naturelle est seule suffisante pour produire une obligation civile et une action* » (1). On trouve, d'ailleurs, un peu plus loin une formule analogue : « Dans notre jurisprudence française, qui n'admet pas les subtilités du droit romain, et *qui regarde la seule équité comme suffisante pour produire une obligation civile et pour donner une action,* il ne doit pas être douteux que, dans l'espèce des lois 33, *de condict. indeb.*, et 14 ff. *de dol. mal. et met. except.*, comme dans celle de la loi 6, § 3, celui qui a fait des impenses dont je profite, doit avoir action contre moi, jusqu'à concurrence de ce que j'en profite » (2).

Ce n'est pas, d'ailleurs, seulement à propos de la gestion d'affaires que Pothier invoque le principe de l'enrichissement sans cause. Il en fait une application au cas d'emprunt conclu par une femme mariée non autorisée : « L'obligation, dit-il, que contracte la femme, de restituer la somme qu'elle a empruntée sans l'autorité de son mari, lorsque cette somme a tourné à son profit, n'est point non plus formée par aucun contrat, ni quasi-contrat : car le contrat de prêt, qui lui a été fait de cette somme sans l'autorité de son mari, étant nul, ne

(1) N. 182 (édit. Dupin, IV, p. 302 *in fine*).
(2) N. 192 (même édit., IV, p. 307).

peut par lui-même produire aucune obligation : *Quod nullum est, nullum producit effectum*. Son obligation est donc produite par la loi naturelle seule, qui ne permet pas que quelqu'un s'enrichisse aux dépens d'autrui : *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari*. L. 206, ff. de *Reg. Jur.* » (1).

Il résulte certainement de ces divers passages de Pothier qu'aux yeux de ce jurisconsulte, le principe de la restitution du bénéfice injuste est un de ceux qui dominent le droit positif.

C. *Le droit français moderne.*

N° 1. *Le texte et l'esprit du Code civil français. Droit comparé.*

2849 VIII. Aujourd'hui tout le monde admet, conformément à la tradition, l'existence de l'action *de in rem verso* en droit français. Notre code civil, sans doute, n'en pose nulle part le principe général; mais il en fait des applications assez nombreuses. Voyez les art. 548, 554, 555, 1241, 1312, 1381, 1865 et 1926. Devant la multiplicité de ces textes spéciaux, on dira, si l'on raisonne comme l'ont fait plusieurs des commentateurs de ce code, qu'il renferme tout un ensemble de dispositions impliquant la reconnaissance par le législateur de l'existence de ce principe. Et, si l'on préfère se placer au point de vue des interprètes de la nouvelle école et définir à la façon de M. Gény le rôle de l'*analogie* dans l'interprétation juridique, on dira, en reproduisant une proposition de ce très distingué jurisconsulte : « L'analogie peut s'élever jusqu'à constituer, en réunissant des décisions éparses et fragmentaires, plutôt même en condensant un esprit général, qui planerait sur notre organisation juridique, des théories comblant de véritables lacunes légales : ainsi, la théorie du droit de rétention, celle du classement entre privilèges mobiliers spéciaux, *celle encore du quasi-contrat d'enrichissement sans cause* » (2).

Plusieurs des codes civils étrangers les plus récents ont

(1) *Oblig.*, n. 123, al. 4 (édit. Dupin, I, p. 65).

(2) *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé* (Chevalier-Marescq, Paris, 1899), p. 500 *in fine*.

donné à l'action en répétition de l'enrichissement injuste la consécration formelle dont elle n'a pas été l'objet dans notre législation. Le Code fédéral des obligations, dans son art. 70, l'énonce très nettement : « Celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution ». Le Code civil allemand dit, en précisant davantage : « Quiconque, par prestation faite par une autre personne ou de toute autre manière, fait une acquisition sans cause juridique aux dépens de cette personne, est tenu vis-à-vis d'elle à restitution ». Art. 812, al. 1er (1). Enfin le Code civil japonais s'exprime en termes analogues : « Celui qui, sans cause légale, a retiré un profit du bien ou des services d'autrui, au préjudice de celui-ci, est tenu de l'indemniser dans la mesure du profit existant actuellement » Art. 703 (2).

N° 2. *La doctrine française depuis le Code civil.*

2849 IX. En France, postérieurement au Code civil, non seulement la doctrine a toujours admis l'action en restitution de l'enrichissement sans cause, mais la plupart des auteurs ont décidé formellement qu'elle avait une portée générale. A l'exemple de Pothier, Toullier, sans la qualifier d'ailleurs d'action *de in rem verso,* en parle surtout à propos de la gestion d'affaire. Cependant il ne faut point en conclure que, d'après lui, cette action soit uniquement destinée à suppléer, dans certains cas, au défaut d'action *negotiorum gestorum contraria.* A ses yeux, le principe qu'on ne doit pas s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui — « cette grande règle d'équité naturelle », « cette grande règle de morale et de justice naturelle » comme il dit (3) — doit s'appliquer dans toutes les hypothèses d'enrichissement injuste, et il formule, en conséquence, cette proposition bien digne d'être remarquée et qu'il met en parallèle avec les termes de l'art. 1382 : « Tout fait licite quelconque de l'homme, qui enrichit une

(1) Trad. du Comité de législation étrangère, II, p. 366-368. — *Adde* même article, al. 2 et 3. — V., sur l'enrichissement sans cause dans le droit civil allemand, les notes sous la même traduction, *loc. cit.*, et Stoïcesco, *op. cit.*, p. 161-185.

(2) Trad. Motono et Tomii, p. 166.

(3) XI, n. 55, al. 3, et n. 58.

personne au détriment d'une autre, oblige celle que ce fait enrichit, sans qu'il y ait eu intention de la gratifier, à rendre la chose ou la somme dont elle se trouve enrichie » (1).

Marcadé n'essaie pas plus que Toullier, en ce qui regarde l'action *de in rem verso,* de construire un système ; mais, du moins, il constate, lui aussi, toute l'étendue de son domaine : « *L'un des principes fondamentaux de notre code Napoléon,* dit-il, c'est qu'on ne doit jamais s'enrichir aux dépens de qui que ce soit, pas même d'un voleur. Vous devez donc me rembourser ce dont je vous enrichis par ma dépense » (2). Puis, revenant sur cette proposition, il affirme que le Code « ne veut pas qu'on s'enrichisse JAMAIS aux dépens d'un tiers, même quand ce tiers est *en faute et de mauvaise foi* » (3).

2849 x. Dans ce tableau de la doctrine, Aubry et Rau doivent être placés à part, car, s'ils n'ont traité la question que trop sommairement, ils ont, du moins, le mérite de l'avoir les premiers étudiée d'une façon systématique. Au nombre « des facultés inhérentes au droit de propriété dont toute personne jouit sur son patrimoine, envisagé comme universalité de biens » (4), ils rangent « la faculté de réclamer, au moyen d'une action personnelle, qu'on peut qualifier d'action *de in rem verso,* la restitution des objets ou valeurs appartenant au patrimoine ». Après quoi, ils posent ce principe : « L'action *de in rem verso,* dont on ne trouve au Code civil que des applications spéciales, *doit être admise d'une manière générale,* comme sanction de la règle d'équité, qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui, dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit ». Ils indiquent ensuite rapidement les effets de l'action *de in rem*

(1) XI, n. 20. — V. aussi n. 112.

(2) V, sur l'art. 1375, IV, al. 1 *in fine.*

(3) Le mot *jamais* est en majuscules dans l'original. — V. même numero, al. 2 *in fine.*

(4) 4e édit., VI, § 578, p. 244.

verso et la manière dont il faut déterminer le montant de la valeur qui doit être restituée. Enfin ils font observer que, d'après son fondement, cette action est recevable alors même que le défendeur est incapable (1). Cette esquisse d'une théorie générale de l'enrichissement injuste et de l'action *de in rem verso* était destinée à exercer une grande influence sur la marche de la jurisprudence (2).

Les idées d'Aubry et Rau ont été développées et défendues par Labbé, avec sa finesse habituelle de raisonnement et d'analyse, dans deux notes insérées au recueil de Sirey (3).

Plus récemment, M. Planiol a fait paraître, lui aussi, sur notre matière, une étude d'ensemble (4). A son avis, l'enrichissement injuste engendre dans tous les cas l'obligation de restituer : « Il n'est pas douteux, dit-il, que le principe subsiste dans notre droit, comme une règle nécessaire d'équité : « *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem* »... Il en est de la restitution d'un enrichissement sans cause comme de la répression du dol : c'est une de ces rares règles de droit naturel qui dominent toutes les lois, *alors même que le législateur n'a pas pris spécialement le soin de les formuler* » (5).

En dernier lieu, la théorie générale de l'enrichissement illégitime ou de l'action *de in rem verso* a été de nouveau présentée dans deux thèses soutenues devant la Faculté de droit de Paris, l'une par M. Georges Raynaud (*De l'action de in rem verso en droit français*), l'autre par M. Constantin Stoïcesco (*De l'enrichissement sans cause*), et dans un très intéressant « *Essai d'une théorie générale de l'enrichissement*

(1) 4e édit., VI, § 578, p. 246-247.

(2) Notons que le tome VI de la 4e édition du *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariæ,* dans lequel Aubry et Rau firent paraître leur essai de système, porte le millésime 1873. — Dans les trois premières éditions, Aubry et Rau disent simplement, en note : « Le Code Napoléon contient plusieurs dispositions qui présupposent l'admission du principe d'équité sur lequel est fondée l'action *de in rem verso : Nemo cum damno alterius locupletior fieri debet.* — Cpr. art. 548, 554, 555, 1241, 1312, 1437, 1926 ». — V. § 576, 1re et 2e édit., IV (1844), p. 107, note 10; 3e édit., V (1857), p. 8, note 10.

(3) S., 90. 1. 97, et S., 93. 1. 281.

(4) *Tr. élém. de dr. civ.,* II, 1re édit., n. 971-977, 2e, 3e et 4e édit., n. 932-938 *bis.*

(5) *Op. cit.,* II, 1re édit., n. 972, al. 3, 2e et 3e édit., n. 933, al. 2 *in fine.*

sans cause en droit civil français », qui a pour auteurs MM. Ripert et Tesseire (1).

2849 XI. Cependant, vers le milieu du XIXe siècle, s'est fait jour une conception plus étroite de l'action *de in rem verso*. Cette action serait une dépendance du quasi-contrat de gestion d'affaire, l'auxiliaire de l'action *negotiorum gestorum contraria*. Son intérêt serait le suivant : la personne qui, ayant géré l'affaire d'autrui en dehors des conditions requises pour la formation du quasi-contrat de gestion d'affaire, a procuré un avantage au maître, pourrait, au moyen de cette action, rentrer dans ses déboursés.

L'idée paraît avoir été formulée nettement pour la première fois par Larombière, dans le tome V de la première édition de son traité des *Obligations*, tome qui est daté de 1857 : « Il est une *espèce particulière d'action pour gestion d'affaires*, dit-il, c'est celle qui résulte du profit fait, *actio de in rem verso* » (2).

Cette manière de voir a été adoptée par Laurent, qui l'a développée dans le tome XX de ses *Principes de droit civil*, paru en 1876 (3) : « En dehors des conditions requises pour la gestion d'affaires, dit-il, la loi ne donne aucune action à celui qui s'immisce dans les affaires d'autrui. Est-ce à dire qu'il faille rejeter l'action *de in rem verso?* Non, elle est consacrée par la tradition, ce qui est déjà un puissant argument dans une matière traditionnelle. Mais cela ne suffit point, il faut prouver que les auteurs du Code ont entendu maintenir la tradition. Nous croyons *qu'on peut invoquer les dispositions concernant la gestion d'affaires*. A vrai dire, l'action de gestion d'affaires et l'action *de in rem verso* procèdent *de la même cause, d'une immixtion dans les affaires d'autrui;* il résulte de cette immixtion un avantage pour

(1) V. la bibliographie, *supra*, p. 502, note 1.

(2) Sous l'art. 1375, n. 14, 1re édit., V, p. 601, 2e édit., VII, p. 448.

(3) N. 333-340, p. 361-368. — Précédemment, Colmet de Santerre, dans le tome V du *Cours analytique de Code Napoléon*, qui porte le millésime 1865, n'avait parlé de l'action *de in rem verso* qu'à propos de la gestion d'affaire (n. 349 *bis*-V, 354 *bis*-I); mais il n'avait point dit et n'avait même pas donné à entendre que l'enrichissement sans cause fût simplement, à ses yeux, une gestion d'affaire anormale.

celui dont l'affaire est gérée; l'équité exige qu'il tienne compte de ce profit à celui qui le lui a procuré. Mais quelle sera l'étendue de son obligation? Sur ce point, les deux actions se divisent : l'une, celle de gestion d'affaires, équivaut à l'action de mandat; l'autre, celle *de in rem verso*, est limitée au profit que le maître retire de la gestion au moment de la demande. *Il y a donc toujours un maître et un gérant, donc il y a gestion d'affaires; seulement c'est une gestion qui n'équivaut pas à un mandat.* Cela n'empêche pas qu'il y ait analogie entre les deux faits juridiques; il y a plus qu'analogie, *il y a identité quant à la cause;* cela doit suffire pour que le maître soit obligé d'indemniser le gérant jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi. En ce sens, l'équité, qui est le fondement des quasi-contrats, est aussi le fondement de l'action *de in rem verso;* elle s'oppose à ce que le maître qui profite d'une gestion, retienne ce profit sans en tenir compte à celui qui le lui a procuré; ce serait s'enrichir sans cause et sans droit aux dépens de celui qui a procuré l'utilité par sa gestion; cela serait contraire à l'équité naturelle et aussi à l'équité légale, car la loi consacre cette règle d'équité dans la matière des quasi-contrats » (1).

Telle est la théorie que l'on appelle quelquefois théorie de la *gestion d'affaire anormale.*

Demolombe, dans son tome XXXI, qui parut en 1882, par conséquent plusieurs années après le tome XX de Laurent, enseigne, lui aussi, que l'action *de in rem verso* doit être considérée, par rapport à l'action *negotiorum gestorum,* comme une action en sous-ordre (2).

(1) XX, n. 337, p. 364.

(2) XXXI, n. 49. — Plusieurs auteurs qui ont écrit après Demolombe ne s'occupent de l'action *de in rem verso* qu'au sujet des cas où il y a eu immixtion dans les affaires d'autrui sans que le quasi-contrat de gestion d'affaire ait pu se former; mais rien n'autorise à dire que leur idée soit de ne pas admettre cette action dans d'autres hypothèses. V. Vigié, II, n. 1685; Thiry, III, n. 194, p. 217. — Il semble que Huc a suivi l'opinion de Larombière, de Laurent et de Demolombe. V. son tome VIII, n. 379, p. 502 *in fine.*

N° 3. *La jurisprudence française moderne.*

2849 XII. C'est à la fin du XIXe siècle seulement que l'action *de in rem verso* a été admise par la jurisprudence comme sanction du principe général que *Nul ne doit être enrichi aux dépens d'autrui.*

En 1889, la cour de cassation fut appelée à se prononcer à son sujet, et voici comment s'exprima M. le conseiller Rivière, son rapporteur : « Qu'est-ce que cette action *de in rem verso* dont la décision attaquée aurait violé le principe? Ce n'est ni celle de Gaius, ni même celle de Paul et d'Ulpien. Il n'y a plus, dans notre droit, ni d'esclaves, ni de fils de famille ayant un pécule, ni de droit prétorien en opposition avec le droit civil. Mais on a ainsi appelé, non pas dans vos arrêts (autant que nous puissions nous en souvenir), mais dans l'enseignement de l'école et dans les livres des auteurs, une action qui a pour base cette règle d'équité, suivant laquelle il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui, et que la loi romaine (Dig., L. 206, *De divers. reg. jur.*, liv. 50, tit. 17) consacrait en ces termes : *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem* » (1).

La cour suprême repoussa, cette fois encore, par son arrêt du 11 juillet 1889, l'action *de in rem verso* (2). Mais, dans sa note, insérée au recueil de Sirey, sous cet arrêt, Labbé faisait observer que, si la chambre des requêtes avait eu le tort de nier le principe, elle y avait été amenée sans doute par le désir de préserver de la cassation une décision justifiée par les circonstances de la cause, ces circonstances étant très défavorables au demandeur en restitution. Et il ajoutait en manière de conclusion : « La solution expliquée de cette façon, l'avenir du principe d'une moralité si haute, d'une si séduisante équité, *neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem,* est sauvé » (3).

L'éminent professeur voyait juste. L'arrêt mémorable de

(1) S., 90. 1. 100, col. 2 *in fine.*
(2) S., 90. 1. 97, D. P., 89. 1. 393.
(3) S., 90. 1. 99, col. 3.

la chambre des requêtes, du 15 juin 1892, a fait pénétrer dans la jurisprudence l'action en répétition de l'enrichissement sans cause (1). Il en affirme l'existence et en indique sommairement les conditions dans ce passage qu'il faut remarquer : « Sur la troisième branche, relative à la fausse application des principes de l'action *de in rem verso :* — Attendu que cette action dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée ; — Qu'il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit » (2).

Nous devrons plus tard nous demander si la dernière de ces propositions est exacte (3). Pour le moment, nous voulons simplement constater le revirement de jurisprudence qui s'est opéré en 1892. Dans la suite, ce revirement a été implicitement confirmé par la cour de cassation (4), et il a déjà

(1) La question s'était déjà présentée de nouveau devant la cour de cassation postérieurement à l'arrêt du 11 juillet 1889. Un camionneur, qui transportait les marchandises de la gare aux domiciles des destinataires, réclamait à la Compagnie du chemin de fer de Paris-Lyon-Méditerranée le prix qu'elle avait perçu des expéditeurs pour le factage. La cour d'Orléans, par un arrêt du 1er mai 1889, déclare que le camionneur « peut invoquer l'article 1121 et l'action *de in rem verso* ». Puis, en ce qui regarde celle-ci, elle ajoute : « Que l'action *de in rem verso* lui appartient puisqu'il a fait une chose dont la Compagnie a tiré bénéfice, et qu'il exerce cette action dans la mesure du profit que ces transports ont procuré à la Compagnie... ». La Compagnie s'étant pourvue en cassation, M. l'avocat général Desjardins s'exprime ainsi : « J'irai même pour mon compte jusqu'à reconnaître avec la cour d'Orléans la recevabilité de l'action *de in rem verso. Celle-ci existe incontestablement en droit français* ». Il invoque ensuite l'autorité d'Aubry et Rau. Cependant il conclut en disant : « Mais, si vous croyez pouvoir résoudre la question par l'un des deux premiers moyens, vous jugerez peut-être inutile d'ébaucher pour la première fois la théorie française de l'action *de in rem verso* ». La chambre civile, en effet, pour rejeter le pourvoi, applique seulement, dans son arrêt du 2 décembre 1891, la théorie de la stipulation pour autrui. Toutefois, si elle ne fait pas intervenir également celle de l'enrichissement sans cause, elle ne la condamne pas. S., 92. 1. 92, D. P., 92. 1. 161. V. dans ce dernier recueil les conclusions de M. l'avocat général Desjardins.

(2) S., 93. 1. 281 (note de Labbé), D. P., 92. 1. 596, *Pand. franç.*, 93. 1. 406.

(3) V. *infra*, n. 2849 XVI.

(4) Civ. cass., 31 juil. 1895, S., 96. 1. 397, D. P., 95. 1. 391. — Civ. rej., 18 oct. 1898, S., 99. 1. 165, D. P., 99. 1. 105. — Civ. rej., 18 oct. 1904, D. P., 1905. 1. 119.

trouvé un écho dans plusieurs décisions de cours d'appel [1] ou de tribunaux de première instance [2].

II. *Nature et fondement de l'action française* de in rem verso [3].

2849 XIII. Ainsi qu'on l'a vu, l'action *de in rem verso* n'est, pour plusieurs auteurs, qu'une dépendance de la gestion d'affaire. Elle ne serait accordée que dans les cas où il y a eu, suivant l'expression de Laurent, *immixtion dans les affaires d'autrui,* mais où, à raison de l'absence de l'une des conditions exigées par la loi, le quasi-contrat de gestion d'affaire n'a pas pu se former. Le moment est venu d'examiner les arguments des partisans de cette théorie qu'on appelle quelquefois, comme nous l'avons déjà dit, *théorie de la gestion d'affaire anormale.*

On invoque d'abord la tradition. N'est-ce pas à tort? Jamais les Romains n'ont considéré la *condictio sine causa* (à laquelle, nous le savons, correspond l'action *de in rem verso* moderne) comme auxiliaire de l'action *negotiorum gestorum.* Demolombe s'appuie sur un texte d'Ulpien (L. 3, § 2, D., *De in rem verso*, XV, III), où l'action *de in rem verso* romaine est rapprochée de la gestion d'affaire [4]. Mais rien n'autorise à dire que l'auteur de ce texte subordonne la première à la seconde [5].

Demolombe renvoie, en outre, à un passage des *Lois civiles*, de Domat (1re partie, liv. II, tit. IV), dont il ne reproduit pas, d'ailleurs, les termes. Il suffit de lire ce passage pour voir qu'il est absolument étranger à la question [6].

(1) V. surtout Douai, 9 avril 1900, D. P., 1901. 2. 1 (note de M. Poncet). — Bordeaux, 7 août 1900, *Journ. des Arr. de Bordeaux*, 1901. 1. 51. — Lyon, 11 janv. 1906, D. P., 1906. 2. 132, *Pand. franç.*, 1906. 2. 235. — V. aussi Paris, 5 juin 1905, S., 1907. 2. 277, D. P., 1908. 2. 129.

(2) V. surtout Trib. civ. Seine, 6 et 28 déc. 1899, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 290. — Trib. civ. de Libourne, 6 mars 1902, *Journ. des Arr. de Bordeaux*, 1902. 2. 51.

(3) Zachariæ a eu le tort de confondre l'action *de in rem verso* avec l'action en revendication, IV, § 576. Il est inutile de réfuter son opinion. Tous ceux qui ont écrit après lui ont considéré comme indiscutable que le caractère essentiel de l'action *de in rem verso* est celui d'action personnelle.

(4) XXX, n. 49 *in fine.*

(5) V. Raynaud, *op. cit.*, p. 14-16; Stoïcesco, *op. cit.*, p. 45.

(6) V. édit. Rémy, I, p. 444.

Quant à Pothier, qui ne parle, d'ailleurs, que d'une action générale *in factum,* on sait déjà, par les citations que nous avons faites de ce jurisconsulte, qu'à ses yeux, le droit à la restitution de l'enrichissement sans cause, est exclusivement fondé sur l'équité ; nulle part il ne dit que ce droit découle de la gestion d'affaire (1).

En résumé, les jurisconsultes romains et nos anciens auteurs ne fournissent aucun appui à la théorie que nous critiquons.

Laurent pose en principe que l'action *de in rem verso* suppose nécessairement, comme l'action *negotiorum gestorum,* une *immixtion dans les affaires d'autrui.* Ce n'est là qu'une affirmation pure. Dans certaines hypothèses d'enrichissement injuste, il est évidemment impossible de soutenir que l'enrichisseur s'est immiscé dans les affaires de l'enrichi (voyez, par exemple, l'espèce sur laquelle a statué l'arrêt du 15 juin 1892). Pourquoi, dans ces hypothèses, refuser l'action *de in rem verso?* Parlant des cas où il admet cette action, Laurent s'exprime ainsi : « L'équité, qui est le fondement des quasi-contrats, est aussi le fondement de l'action *de in rem verso;* elle s'oppose à ce que le maître qui profite d'une gestion retienne ce profit, sans en tenir compte à celui qui le lui a procuré; ce serait s'enrichir sans cause et sans droit aux dépens de celui qui a procuré l'utilité par sa gestion; cela serait contraire à l'équité naturelle et aussi *à l'équité légale, car la loi consacre cette règle d'équité dans les quasi-contrats* » (2). Si l'équité exige l'action *de in rem verso* dans les cas de *gestion* d'affaire anormale, n'en est-il pas de même dans ceux où il y a enrichissement sans cause, bien qu'il n'y ait pas immixtion dans les affaires d'autrui? Lorsque Laurent accorde l'action *de in rem verso,* la formation du quasi-contrat de gestion d'affaire a été impossible. Donc l'existence d'un quasi-contrat ne se conçoit alors que si l'enrichissement sans cause est considéré en lui-même comme un quasi-contrat. Sur quoi s'appuierait-on pour prétendre que, s'il peut

(1) V. *supra,* n. 2849 VIII.
(2) XX, n. 337.

constituer un quasi-contrat en dehors de la gestion d'affaire, il faut, du moins, qu'il y ait eu immixtion dans les affaires de l'enrichi? Pour ne pas verser dans l'arbitraire, on doit décider qu'il y a quasi-contrat dans tous les cas d'enrichissement sans cause et, par conséquent aussi, que, dans tous les cas d'enrichissement sans cause, l'équité, présentant le caractère *d'équité légale,* peut fonder l'action *de in rem verso* (1).

2849 XIV. En ce qui regarde la nature de l'action *de in rem verso,* M. Planiol a successivement enseigné deux théories assez différentes.

Sous cette rubrique spéciale « *Caractère illicite de l'enrichissement sans cause* », on lit dans les deux premières éditions du *Traité élémentaire de droit civil*, c'est-à-dire dans les éditions parues à l'époque où l'auteur refusait de ranger parmi les quasi-contrats l'enrichissement sans cause (2) : « Il semble bien que les auteurs français considèrent l'action *de in rem verso* comme une action *quasi-contractuelle*. Cependant, que l'on réfléchisse à une chose : si l'enrichissement obtenu sans cause aux dépens d'autrui doit être restitué, c'est qu'*il n'est pas permis* de le conserver, et l'on se convaincra que cette action est bien réellement *quasi-délictuelle* » (3). L'obligation dont l'action *de in rem verso* est la sanction, serait donc engendrée par un *quasi-délit*. Nous n'hésitons pas à dire que cette proposition est insoutenable. Elle suppose qu'on élargit d'une façon abusive la notion de *quasi-délit*. Quelle faute — si faible soit-elle — peut-on imputer à celui dont le patrimoine s'est trouvé enrichi aux dépens d'autrui, alors que cet enrichissement s'est produit sans aucun fait de sa part, peut-être même à son insu ou contre son gré?

Dira-t-on que la faute consiste à *conserver* la valeur de l'enrichissement au lieu de la restituer tout de suite? Mais celui dont le patrimoine est enrichi sans cause peut fort bien — nous le répétons — ignorer ce fait. Il n'est point rare, d'ailleurs, qu'il y ait doute sur l'existence même de l'enri-

(1) Cpr. Raynaud, *op cit.*, p. 59-67.

(2) *Tr. élém. de dr. civ.*, II, 1re édit., n. 849, p. 253; 2e édit., n. 813, p. 240. — V. aussi note sous Req., 16 juillet 1890, D. P., 91. 1. 49.

(3) *Tr. élém. de dr. civ.*, II, 1re édit., n. 976, 2e édit., n. 937.

chissement et qu'il soit fort délicat de trancher la question.

Dans la 3e et dans la 4e éditions du même ouvrage, M. Planiol s'exprime en des termes sensiblement différents : « *Caractère illicite de l'enrichissement sans cause :* Traditionnellement on considère cet enrichissement comme faisant naître une action *quasi-contractuelle,* l'action *de in rem verso*... Mais, si l'on réfléchit que ce qui oblige à restituer est le principe d'après lequel *il n'est pas permis* de conserver un enrichissement obtenu sans cause aux dépens d'autrui, on se convaincra que *cette action appartient à la famille des actions nées de faits illicites* » (1). Ainsi l'auteur ne dit plus que l'action *de in rem verso* est *quasi-délictuelle,* mais simplement qu'elle dérive *d'un fait illicite.* Pour comprendre la portée de sa nouvelle formule, il faut remarquer les quatre points suivants : 1° Contrairement à ce qu'il a enseigné d'abord, M. Planiol identifie aujourd'hui les cas d'enrichissement sans cause avec les quasi-contrats. Selon sa doctrine actuelle, « tout quasi-contrat s'analyse en un enrichissement sans cause » (2) et le groupe des quasi-contrats « est surtout renforcé par l'adjonction, qui paraît s'imposer, *de tous les cas d'enrichissements sans cause;* ces enrichissements n'ont pas été classés et nommés par la loi comme quasi-contrats; ils en sont cependant ». Aussi, d'après cet auteur, les cas d'enrichissement sans cause qui n'ont pas reçu de qualifications particulières pourraient être désignés par cette expression « les quasi-contrats innommés » (3); 2° Tout quasi-contrat, c'est-à-dire tout enrichissement sans cause, est un fait *illicite :* « Un pareil enrichissement est, par sa définition même, un fait *illicite,* puisqu'il est *sans cause ;* il ne serait pas permis à celui qui le possède de prétendre le conserver; son obligation a donc pour cause un état de fait CONTRAIRE AU DROIT. Voilà donc les quasi-contrats, que la classification usuelle rapproche malencontreusement des contrats, trans-

(1) *Op. cit.*, II, 3e et 4e édit., n. 937.

(2) *Classification des obligations, Rev. crit. de législ. et de jurisprudence.* LIIIe année (1904), nouv. série, XXXIII, p. 233. — *Adde* p. 229, *in medio.* — V. aussi *Tr. élém. de dr. civ.*, 3e et 4e édit., n. 812, al. 2.

(3) *Tr. élém. de dr. civ.*, II, 3e et 4e édit., n. 813.

férés, en quelque sorte à l'autre pôle du droit et annexés à la classe des faits illicites : ce sont les faits illicites involontaires » (1); 3° Adoptant une nouvelle classification des obligations envisagées au point de vue de leurs sources, — classification qu'il a présentée pour la première fois dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence,* en 1904 (2) — M. Planiol est d'avis qu'on doit se borner à distinguer deux espèces d'obligations, les obligations contractuelles et les obligations légales : « Ce que, dans la nomenclature classique, on appelle « obligations délictuelles, quasi-délictuelles et quasi-contractuelles » n'est que la *transformation en argent* d'une obligation légale préexistante, qui a été *inexécutée ou violée.* C'est, en d'autres termes, l'application aux obligations légales du principe qui remplace l'obligation contractuelle inexécutée par l'obligation de payer des dommages-intérêts » (3). Ainsi l'action française *de in rem verso* naîtrait de la violation de l'obligation légale de ne pas faire, dont voici l'énoncé : Il n'est pas permis de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui. 4° Enfin, tout en proscrivant la classification des obligations que le Code a empruntée à Pothier, M. Planiol reconnaît qu'elle peut se justifier dans une certaine mesure : « Quand l'obligation légale se transforme en dommages-intérêts par son inexécution, on peut distinguer trois degrés dans la moralité de l'agent : 1° Il a pu causer le dommage intentionnellement, auquel cas on dit qu'il y a délit. 2° Il a pu le causer *sans intention de nuire,* par un simple fait de maladresse ou de négligence, qui lui est imputable; on dit alors qu'il y a *quasi-délit.* 3° Il peut enfin n'être pas l'auteur du fait dommageable, et profiter seulement *d'un acte d'autrui;* on dit alors qu'il y a *quasi-contrat.* Mieux vaudrait dire qu'il y a *enrichissement sans cause* » (4).

(1) *Tr. élém. de dr. civ.,* II, 3e et 4e édit., n. 812, al. 2, *in fine.* — V. aussi *Classification des sources des oblig., Rev. crit. de législ. et de jurispr.,* LIIIe année, nouv. série, XXXIII, p. 228 *in fine* et p. 229.

(2) LIIIe année, nouv. série, XXXIII, p. 224-237.

(3) *Classification des sources des oblig., Rev. crit.....,* tome précité, p. 231. — V. aussi *Tr. élém. de dr. civ.,* II, 3e et 4e édit., n. 830.

(4) *Classification..., Rev. crit.,* tome précité, p. 232. — V. aussi *Tr. élém. de dr. civ.,* 3e et 4e édit., n. 830, al. 2 et suiv.

Il résulte de ces citations que, si M. Planiol continue à voir dans les cas d'enrichissement injuste des faits *illicites*, il a cessé, maintenant qu'il les identifie avec les quasi-contrats, de leur attribuer le caractère quasi-délictuel. D'une part, en effet, il qualifie de faits *illicites* non seulement les délits et les quasi-délits, mais aussi les quasi-contrats, c'est-à-dire — dans sa nouvelle théorie — les cas d'enrichissement sans cause; d'autre part, il distingue nettement les quasi-contrats des délits et des quasi-délits, en ce qui regarde la moralité de l'agent.

Examinons la doctrine actuelle de M. Planiol. Nous admettons : 1° qu'on peut se borner à distinguer deux espèces de sources des obligations : les contrats et la loi; 2° que les obligations naissant des faits habituellement appelés quasi-contrats, délits et quasi-délits sont des obligations légales. Les obligations qui dérivent de ces faits ne sont point l'œuvre de l'obligé. Il s'ensuit nécessairement que la volonté du législateur en est la cause créatrice. Toutefois nous ne dirons pas avec cet auteur que les quasi-contrats, délits et quasi-délits ont pour effet de transformer en dommages-intérêts une obligation légale préexistante et qu'ils ne sont pas autre chose que l'application aux obligations légales des dommages-intérêts à raison de l'inexécution des obligations; nous dirons qu'une obligation légale naît à la suite de ces faits. Selon nous, le savant professeur a le tort de fausser la notion juridique de l'obligation en l'étendant aux devoirs sociaux. Le devoir qui se formule en ces termes : « Il est interdit de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui », est un devoir social; ce n'est pas une obligation dans le sens que la langue du droit donne à cette expression. Peut-on dire que, dans l'obligation telle que la comprend ici M. Planiol, il y ait un créancier et un débiteur? Non, évidemment! Et cependant l'existence d'un créancier et d'un débiteur rentre dans la définition que tous les auteurs, M. Planiol comme les autres, donnent de l'obligation (1).

C'est donc seulement avec une réserve portant sur ce der-

(1) *Tr. élém. de dr. civ.*, I, 1re édit., n. 755, 2e édit., n. 719, 3e édit., n. 2154.

nier point que nous approuvons les deux propositions reproduites plus haut.

Mais nous ne saurions suivre notre éminent collègue lorsqu'il enseigne : 1° qu'il faut identifier les cas d'enrichissement sans cause avec les quasi-contrats ; 2° que les quasi-contrats, en d'autres termes, les cas d'enrichissement sans cause, sont des faits *illicites*.

Que tout quasi-contrat soit un cas d'enrichissement sans cause, voilà une thèse qui nous paraît insoutenable, au moins en ce qui regarde la gestion d'affaire ; d'abord, ce n'est pas seulement dans la mesure où il a été enrichi que le maître doit indemniser le gérant (art. 1375). De plus, ce n'est évidemment pas d'un enrichissement sans cause que naît l'obligation pour le gérant de continuer sa gestion jusqu'à ce que l'héritier du maître ait pu prendre la direction de l'affaire (art. 1373).

Toutefois, si nous n'admettons pas que tout quasi-contrat soit un cas d'enrichissement sans cause, nous croyons, au contraire, que tout cas d'enrichissement sans cause constitue un quasi-contrat [1].

On sait comment M. Planiol raisonne pour justifier cette autre proposition : les obligations quasi-contractuelles naissent de faits illicites. L'enrichissement sans cause, dit-il, est la transformation en dommages-intérêts de l'obligation légale de ne pas nuire à autrui. Il est le résultat de la violation de cette obligation. Le fait générateur de l'enrichissement sans cause est donc un fait illicite. Il nous est impossible de nous ranger à cette manière de voir. Le simple fait qu'en dehors de tout délit et de tout quasi-délit une valeur a passé, sans cause juridique, d'un patrimoine à un autre n'a, en soi, rien d'illicite. Nous avons établi qu'il n'implique pas l'inexécution d'une obligation proprement dite. Nous ajoutons que, dans la plupart des cas d'enrichissement sans cause, il ne saurait être question d'aucune responsabilité, pas même d'une responsabilité objective. En effet, si la responsabilité que l'on qualifie ainsi ne suppose, de la part de l'agent responsable,

[1] En ce sens, voir surtout Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 455-456.

ni intention frauduleuse ni faute quelconque, elle ne peut découler, du moins, que d'un fait *volontaire* imputable à cet agent [1]. D'ailleurs, tout ce qui est illicite est par là même interdit. Or on ne conçoit pas qu'un législateur interdise à une personne d'être enrichie par le fait d'autrui, sans aucune intervention de sa propre volonté et même à son insu! Sans doute, si, après que l'existence de l'enrichissement sans cause aura été *démontrée*, l'enrichi refuse de restituer la valeur de l'enrichissement, son procédé sera illicite. Mais il constituera un fait postérieur à l'enrichissement sans cause et à la naissance de l'action *de in rem verso*. Il ne faut donc pas le confondre avec le fait qui produit cet enrichissement.

2849 xv. Dans leur très brillant et très ingénieux *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français*, MM. Ripert et Tesseire ont exposé un système qui leur est absolument personnel. Ils rattachent la théorie de l'enrichissement sans cause à cette nouvelle conception qui donne pour base à la responsabilité le *risque créé :* « Si l'on adopte cette conception de la responsabilité, disent-ils, du même coup se trouve expliquée et éclaircie jusque dans son fondement la théorie de l'enrichissement sans cause. La notion d'une responsabilité du simple fait repose tout entière sur cette idée qu'il est juste, qu'il est bon de faire supporter à chaque activité les dommages qu'elle cause. Les mêmes raisons, les mêmes considérations doivent faire trouver bon et juste que chaque activité puisse revendiquer pour elle les résultats utiles qui sont son œuvre. Cette deuxième proposition est l'exacte contre-partie de la première, elle en est le complément nécessaire, et tous les raisonnements qu'on peut faire valoir à l'appui de l'une doivent pouvoir servir à la justification de l'autre. — Qui a créé le risque, dit-on, doit le supporter. *Qui a créé le profit, doit en bénéficier*. S'il y a une théorie du *risque créé*, il faut qu'il y ait une théorie correspondante du *profit créé*. — Un résultat utile a été atteint, une valeur nouvelle a pris naissance; deux personnes s'en

[1] Ripert et Tesseire, *op. cit.*, *Rev. trim. de dr. civ.*, III (année 1904), p. 752, note 1.

disputent le bénéfice; entre elles, la loi doit choisir, et elle ne peut échapper à ce choix. Mais peut-elle hésiter entre celui qui, par son activité, est la cause de cette valeur, et celui qui s'est borné à la recueillir, entre celui qui a agi, qui a eu l'initiative, et celui dont le rôle est resté purement passif? N'est-ce pas le premier qui doit triompher? — Et cette décision n'est-elle pas de toute justice? Car, si l'acte s'était soldé par une perte, son auteur n'aurait-il pas été forcé de garder cette perte pour lui, sans pouvoir la rejeter sur autrui? Dès lors, n'est-ce pas une juste compensation de lui permettre, en cas de succès, d'en reprendre le bénéfice? Qui a les mauvaises chances doit avoir les bonnes. — Si l'on donne l'action *de in rem verso* à une personne, c'est parce qu'elle est l'auteur de l'enrichissement qu'elle réclame, c'est parce qu'elle l'a causé par son fait. Comme le problème de la responsabilité, le problème de l'enrichissement sans cause se résout donc en une analyse des activités concurrentes. C'est un *problème de causalité* » (1).

Nous avons tenu à citer la page entière.

La doctrine de MM. Ripert et Tesseire est incontestablement originale. Dirons-nous qu'elle est solide?

Est-il vrai que la maxime « Qui a créé le profit doit en bénéficier » soit, pour l'action *de in rem verso*, une meilleure base que le vieil aphorisme romain : « *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem* »? Les deux formules expriment une règle d'équité, et, si la seconde n'a pas été, de la part de notre législateur, l'objet d'une disposition de principe, ne peut-on pas en dire autant de la première? Il ne faut pas, en effet, perdre de vue l'énoncé du problème que MM. Ripert et Tesseire prétendent résoudre : assigner un *fondement juridique précis* à l'action *de in rem verso* considérée comme admise dans tous les cas d'enrichissement sans cause. En réalité, leur maxime n'apporte aucune *précision*. Tout leur raisonnement se résume en cette proposition que la règle exprimée par eux est une règle d'équité qui s'impose. Mais cette autre

(1) *Rev. trim. de dr. civ.*, t. III (1904), p. 755 *in fine* et p. 756.

règle d'équité *qu'on ne doit pas s'enrichir injustement aux dépens d'autrui* n'est-elle pas tout aussi impérieuse?

Posant ce principe « Qui a créé le profit, doit en bénéficier », MM. Ripert et Tesseire décident que, si l'enrichissement procuré à autrui est *supérieur à l'appauvrissement* subi par l'enrichisseur, celui-ci a droit à *une indemnité égale au montant total de l'enrichissement*. En cela, ils se montrent fort logiques, mais, comme ils le constatent, ils sont les premiers qui osent émettre une pareille opinion : « Cette solution, disent-ils, se heurte aux idées généralement reçues. *Tous* les auteurs affirment, et *la formule même du principe rappelle* que, si l'on ne peut s'enrichir du fait d'autrui, c'est seulement quand cet enrichissement est obtenu *à ses dépens et dans cette mesure* » (1). Et, en effet, l'enrichissement que le droit romain excluait, c'est celui qui est réalisé « *cum alterius detrimento* ». Ainsi MM. Ripert et Tesseire ne se bornent pas à justifier d'une nouvelle façon la solution classique, ils rejettent cette solution, et celle qu'ils lui substituent est proposée pour la première fois. Le principe qu'ils posent est donc contraire à la tradition, et, par conséquent, il est inférieur au nôtre en ce qu'il est évidemment impossible de le considérer comme implicitement admis par le législateur.

Il nous est facile d'ailleurs, de démontrer qu'en définitive, la maxime « Qui crée le profit, doit en bénéficier » est loin de donner satisfaction à l'équité, comme le fait la règle romaine. Il faut même dire qu'à un certain point de vue, elle blesse manifestement l'équité. MM. Ripert et Teisseire ont le grand tort de ne pas tenir compte de ce fait que, par l'effet de la restitution, le défendeur peut se trouver dans une situation pire qu'avant l'enrichissement. Dans bien des cas, mieux vaut ne pas acquérir une valeur que d'être tenu d'en fournir la contre-partie. Il en sera souvent ainsi quand l'enrichissement consistera dans une plus-value donnée à un immeuble du défendeur, car l'obligation pour celui-ci de payer une indemnité pourra le mettre dans un grand em-

(1) *Op. cit., Rev. trim. de dr. civ.*, III (année 1904), p. 783.

barras. Et c'est d'autant plus regrettable qu'il peut avoir été enrichi à son insu ou même contre son gré! On peut estimer que ce n'est pas une raison pour le laisser s'enrichir *aux dépens* du demandeur. Mais peut-on aller au delà et dire que le défendeur doit restituer tout l'enrichissement lorsqu'il est supérieur à l'appauvrissement de l'autre partie, qu'il doit restituer *tout le profit?* Non, l'équité s'y oppose! Si la situation du demandeur est digne d'intérêt, celle du défendeur l'est également. Pourquoi sacrifier celui-ci? De puissantes considérations militent en faveur de l'un et de l'autre. Les Romains l'avaient fort bien compris.

III. *Conditions de l'action* de in rem verso.

2849 XVI. A quelles conditions l'action *de in rem verso* peut-elle réussir? L'arrêt du 15 juin 1892 répond « qu'*il suffit,* pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un *avantage* qu'il aurait, *par un sacrifice ou un fait personnel,* procuré à celui contre lequel il agit ».

Il résulte de cette proposition que deux conditions sont requises : 1° il faut qu'il y ait un enrichissement; 2° il faut que cet enrichissement ait pour cause un fait du demandeur.

Mais, contrairement à ce qu'on pourrait croire en lisant l'arrêt précité, ces deux conditions ne sont pas suffisantes. Il faut, en outre, que l'enrichissement soit injuste, ou, comme on le dit souvent en employant une formule assez critiquable, que ce soit un enrichissement *sans cause.*

De sorte qu'en définitive, les conditions de l'action *de in rem verso* sont au nombre de trois : 1° l'enrichissement; 2° le lien de causalité; 3° le caractère injuste de l'enrichissement.

Ce sont les seules qui soient imposées par l'équité; ce sont aussi les seules qui soient admises par la tradition. Il s'ensuit qu'on ne saurait ajouter à la liste qui précède. Tel est le sens de ce passage de l'arrêt du 15 juin 1892 : « Cette action..... n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à *aucune condition déterminée* », c'est-à-dire à aucune condition en dehors de celles qui apparaissent comme essentielles, qui sont propres à l'enrichissement

illégitime. Il n'est donc pas permis d'étendre à cette matière par analogie les règles spéciales à une autre, notamment à la gestion d'affaire ou au paiement indû (1).

Nous étudierons chacune des trois conditions que nous venons d'indiquer.

A. *Enrichissement.*

2849 XVII. Il faut d'abord qu'il y ait *enrichissement*. Quand il s'agit de constater si cette condition est remplie, on ne doit prendre en considération que les avantages se traduisant par des augmentations de patrimoine. Donc serait insuffisant un avantage simplement moral. L'arrêt de la cour de cassation du 31 juillet 1895 a décidé, en conséquence, que l'avantage procuré à la ville d'Arles par la construction du chemin de fer d'intérêt local d'Arles à Fontvieille ne pouvait pas servir de base à l'action *de in rem verso*. En effet, si la création de cette voie de communication devait profiter aux habitants d'Arles, elle n'avait point eu pour effet d'accroître le patrimoine communal (2).

2849 XVIII. Lorsque le demandeur a fait une dépense, non pas pour améliorer la chose du défendeur, mais pour empêcher qu'elle ne périt ou ne fût détériorée, peut-on dire qu'il y a enrichissement? Oui, en supposant, bien entendu, que la dépense fût vraiment nécessaire. Le patrimoine du défendeur, il est vrai, ne semble pas augmenté; mais, en réalité, il l'est dans la mesure où on a évité qu'il fût diminué. Remarquons que l'enrichissement n'égale pas la valeur intégrale de la chose sauvegardée, mais seulement le montant des déboursés faits par le demandeur. Le défendeur, en effet, n'aurait eu besoin de dépenser que cette même somme, s'il avait pourvu lui-même à la conservation de sa chose (3).

B. *Lien de causalité.*

2849 XIX. Il faut qu'il y ait un rapport de cause à effet entre un fait du demandeur et l'enrichissement du défendeur.

(1) Planiol, II, 1re édit., n. 975, 2e, 3e et 4e édit., n. 936.
(2) S., 96. 1. 397, D. P., 95. 1. 391.
(3) Ripert et Tesseire, *op. cit., Rev. trim. de dr. civ.*, III, p. 782.

Cette condition, comme on l'a vu, est la seule qui semble exigée par l'arrêt du 15 juin 1892 : « Il suffit, dit cet arrêt, pour la rendre recevable (l'action *de in rem verso*), que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, *par un sacrifice ou un fait personnel,* procuré à celui contre lequel il agit ». Le fait qui produit l'enrichissement varie suivant les espèces. La constatation du lien de causalité rentre dans le pouvoir d'appréciation des juges du fait.

2849 xx. Le point de savoir si la condition dont nous parlons maintenant est remplie peut soulever de graves difficultés lorsque l'enrichissement ne s'est produit que par l'intervention d'un tiers. Tel était le cas dans l'espèce de l'arrêt du 15 juin 1892 : des engrais avaient été vendus à un fermier et employés par lui à amender les terres affermées. Le bail ayant été résilié avant que la récolte fût faite, le propriétaire avait profité de celle-ci et, par conséquent, des engrais qui avaient contribué à la produire. Le fait de l'enrichisseur, c'est-à-dire du marchand d'engrais, n'avait donc par enrichi directement le propriétaire. A ce fait, avait dû s'ajouter celui d'un tiers, c'est-à-dire celui du fermier.

Il convient, à notre avis, d'adopter les distinctions proposées par MM. Ripert et Tesseire. Si le rôle du tiers s'est borné à faire agir l'enrichisseur, celui-ci a certainement l'action *de in rem verso*. Cette action appartient donc à l'ouvrier ou à l'entrepreneur à qui le locataire ou le fermier a fait exécuter des travaux sur la chose louée (1). Les travaux, s'étant appliqués à cette chose, peuvent être considérés comme ayant directement profité au propriétaire (2).

Mais si, une fois l'acte de l'enrichisseur accompli, le tiers a dû intervenir de nouveau pour que la valeur fournie parvînt au défendeur, la question est parfois très délicate. Pour résoudre le problème, MM. Ripert et Tesseire proposent un criterium qui nous paraît fondé. Si, dès l'acte originaire, la destination de l'enrichissement était prévue, notamment si

(1) Trib. de Darmstadt, 20 avril 1895, D. P., 97. 2. 322. — Trib. civ. Seine, 6 et 28 déc. 1899, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 290.

(2) Ripert et Teisseire, *op. cit.*, *Rev. trim. de dr. civ.*, III, p. 770 *in fine*. 771.

elle résultait soit de la nature même de cet acte, soit du but poursuivi par le demandeur, soit de cette circonstance que celui-ci croyait traiter avec un représentant du défendeur, il existe un lien suffisant de causalité entre le fait du demandeur et l'enrichissement. Dans l'espèce de l'arrêt du 15 juin 1892, la destination des fournitures dont il s'agissait était révélée par leur nature même : vendus à un fermier, les engrais devaient être considérés comme achetés en vue de l'amendement des terres affermées.

Si, au moment où l'acte initial a été accompli, la destination de la valeur fournie n'était pas déterminée, on ne saurait accorder au demandeur l'action *de in rem verso* (1).

2849 XXI. Il est bon de dire ici quelques mots d'une objection qui formait une des branches du pourvoi sur lequel a statué l'arrêt du 15 juin 1892 : si le marchand d'engrais qui a fait des fournitures au fermier est admis à exercer contre le propriétaire l'action *de in rem verso,* la règle *Res inter alios acta* n'est-elle pas violée? Ne faut-il pas dire, en effet, que, dans ce cas, la convention intervenue exclusivement entre le marchand et le fermier nuit au propriétaire? La réponse est facile. Ainsi que l'a fait observer la cour de cassation, ce n'est pas à raison des fournitures d'engrais faites au fermier que le propriétaire est obligé envers le marchand, mais à raison du profit qu'il a retiré de l'emploi de ces engrais sur ses propres terres. La règle *Res inter alios acta* est donc respectée (2).

Cette remarque présente un assez grand intérêt pratique, car on peut évidemment raisonner de même dans les cas où un ouvrier a, sur l'ordre et pour le compte d'un locataire ou d'un fermier, exécuté des travaux sur la chose louée.

2849 XXII. D'après l'arrêt de la chambre civile du 31 juillet 1895, pour qu'il y ait lieu à l'action *de in rem verso*, il faut que la personne contre laquelle on agit « ait reçu une

(1) Ripert et Tesseire, *op. cit., Rev. trim. de dr. civ.,* III, p. 771-773. — Aussi, d'après nous, est-ce à tort que la cour d'appel de Paris a admis l'action *de in rem verso* dans l'espèce sur laquelle a statué son arrêt du 5 juin 1905. V. *in fine* la note de M. de Loynes dans D. P., 1908. 2. 132, col. 2.

(2) V. la note de Labbé dans S., 90. 1. 97, col. 1.

valeur qui soit entrée dans le patrimoine » (1). On croit généralement rendre la pensée de la cour suprême en disant qu'il doit y avoir « *transmission de valeur* » du patrimoine du demandeur au patrimoine du défendeur, et l'on paraît bien entendre par là une transmission *réelle, matérielle* (2).

Cette exigence, qui ne peut s'appuyer ni sur le droit romain, ni sur l'opinion de nos grands jurisconsultes, est purement arbitraire. Elle aurait pour conséquence d'exclure sans raison plausible l'action *de in rem verso* toutes les fois que le défendeur a été enrichi directement par l'activité du demandeur. Or cette solution supposerait contre toute vraisemblance que la cour de cassation a répudié cette proposition générale formulée par elle dans son arrêt du 15 juin 1892 : « Il suffit... que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait par un sacrifice *ou un fait personnel,* procuré à celui contre lequel il agit » (3).

C. *Caractère injuste de l'enrichissement.*

2849 XXIII. Il arrive très souvent qu'on formule notre règle en ces termes : *Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.* Cet énoncé a le défaut d'être incomplet. Il n'indique pas la troisième des conditions requises pour l'action *de in rem verso.* Disons en quoi elle consiste.

Il faut, pour employer le langage courant, que l'enrichissement soit *sans cause ; cum injuria,* disait le droit romain. Il faut, en d'autres termes, que l'enrichi ne puisse pas se prévaloir d'un fait juridique l'autorisant à conserver l'enrichissement.

Il est certain que l'expression *cause,* ici comme dans beaucoup d'autres cas, prête à confusion, notamment parce que, pour fonder l'action *de in rem verso,* si, d'une part, l'enrichissement doit, en un certain sens, être *sans cause,* il doit, d'autre part, suivant la très judicieuse remarque de MM. Ripert et Tesseire, avoir *pour cause* un fait ou un sacrifice de

(1) S., 96. 1. 397, D. P., 95. 1, 391.
(2) Planiol, II, 1re édit., n. 975, 2e et 3e édit., n. 932; Raynaud, *op. cit.,* p. 87.
(3) Ripert et Tesseire, *op. cit., Rev. trim. de dr. civ.,* III, p. 779 *in fine,* 780. — Cpr. Stoïcesco, *op. cit.,* p. 67-73.

l'enrichisseur. Il vaudrait donc mieux dire que l'enrichissement doit être *injuste, illégitime*, ou parler, comme le conseillent les mêmes auteurs, d'*enrichissement sans droit* (1).

2849 XXIV. Un locataire a fait effectuer des réparations ou améliorations dans l'immeuble loué. Or, en vertu d'une clause formelle du bail, les travaux de cette nature exécutés sur l'ordre du locataire devront, à la fin du bail, profiter au propriétaire, sans qu'il ait à payer d'indemnité. Une fois le bail expiré, l'entrepreneur, n'ayant pas été payé par le locataire, prétend agir *de in rem verso* contre le propriétaire? Celui-ci peut-il lui opposer le droit résultant pour lui de la clause sus-indiquée ?

Plus généralement, lorsqu'il y a eu un intermédiaire entre l'enrichisseur et l'enrichi, le droit qu'a ce dernier de refuser à l'intermédiaire la restitution est-il opposable également à l'enrichisseur ?

La jurisprudence résout la question par l'affirmative (2), et nous estimons qu'elle a raison. Si le propriétaire peut, sans indemnité, bénéficier des réparations ou améliorations réalisées par le locataire, cet avantage a été certainement pris en considération dans la fixation dû prix du loyer, de sorte que le propriétaire ne l'a obtenu que par un sacrifice équivalent. Cela revient à dire qu'en réalité il n'y a pas d'enrichissement et que, par conséquent, la première de nos conditions fait défaut (3).

IV. *Effets de l'action* de in rem verso.

2849 XXV. L'action *de in rem verso,* étant une sorte d'action en restitution, ne peut faire obtenir au demandeur plus que le montant de la perte subie. Mais, d'autre part, elle n'est donnée que dans la mesure de l'enrichissement de celui contre lequel elle compète, car l'équité est satisfaite dès qu'il restitue tout ce dont il s'est enrichi (4). Ainsi le maxi-

(1) *Op. cit., Rev. trim. de dr. civ.*, III, p. 788-789.

(2) Civ. rej., 18 octobre 1898, S., 99. 1. 165, D. P., 99. 1. 105. — Paris, 26 juin 1899, S., 1901. 2. 167, D. P., 1900. 2. 154, *Gaz. des Trib.*. 1900, 2e semestre, 1. 131.

(3) Ripert et Tesseire, *op. cit., Rev. trim. de dr. civ.*, III, p. 794-796.

(4) Lyon, 11 janv. 1906, précité. — *Adde* Trib. civ. Lyon, 7 nov. 1903, *Mon. jud. Lyon,* 1er déc. 1903.

mum qui peut être accordé par les juges au demandeur est représenté par l'appauvrissement, s'il est inférieur à l'enrichissement, et, dans le cas inverse, par celui-ci [1].

2849 XXVI. Conformément à ce principe que la sentence du juge doit placer les parties dans la même situation que si justice eût été faite immédiatement, l'enrichissement se calcule d'après l'état de choses existant au moment où la demande a été formée [2].

Il s'ensuit que l'action tombera dans le vide si, lors de l'introduction de l'instance, l'enrichissement du défendeur a, par suite d'un cas fortuit, cessé d'exister. C'est une différence avec la gestion d'affaire, qui permet au gérant de réclamer le montant intégral de ses déboursés, par cela seul que la gestion a été utile dans son principe, alors même que l'utilité aurait disparu par suite d'événements ultérieurs qu'il était impossible de prévoir [3].

2849 XXVII. Les avances faites par celui à qui appartient l'action *de in rem verso* ne portent pas intérêt de plein droit [4]. On sait que, dans une opinion par nous réfutée plus haut, il en est autrement des avances faites par le gérant d'affaires [5].

2849 XXVIII. L'action *de in rem verso* a-t-elle pour garantie le droit de rétention lorsque le demandeur agit à raison d'impenses faites par lui sur la chose d'autrui et que celle-ci se trouve entre ses mains? On a répondu affirmativement. L'enrichisseur pourrait retenir la chose jusqu'au paiement de l'indemnité qui lui est due [6].

Cette solution implique l'adoption de la théorie qui admet le droit de rétention par cela seul qu'il y a *debitum cum re junctum*, c'est-à-dire connexité entre la créance et la chose retenue. Il faut donc la rejeter si l'on exige en outre, pour

(1) Aubry et Rau, 4e édit., VI, p. 246 *in fine* et 247; Raynaud, *op. cit.*, p. 98. — V. cependant Ripert et Tesseire, *op. cit.*, *Rev. trim. de dr. civ.*, III, p. 783.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., VI, p. 247; Larombière, VII, p. 449 (art. 1375, n. 15); Laurent, XX, n. 340. — Lyon, 11 janv. 1906, précité.

(3) V. *supra*, n. 2818.

(4) Raynaud, *op. cit.*, p. 97.

(5) V. *supra*, n. 2820.

(6) Raynaud, *op. cit.*, p. 101-105.

l'existence de cette garantie, que la détention et la créance dérivent d'un même fait juridique. Ainsi la question devra être résolue différemment suivant le parti que l'on prendra sur les conditions du droit de rétention [1].

CHAPITRE II

DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS

SECTION PREMIÈRE

DÉFINITIONS ET GÉNÉRALITÉS

2850. Le législateur n'a défini nulle part le délit ni le quasi-délit. Il a seulement rapproché ces deux expressions dans l'intitulé de notre chapitre, dans l'art. 1310 et dans l'art. 1370. Mais la doctrine est depuis longtemps fixée quant à la façon dont il convient de les entendre [2].

Le mot *délit* n'a pas le même sens dans la langue du droit criminel et dans celle du droit civil.

Dans la langue du droit criminel, il désigne (du moins quand on le prend dans son sens le plus large, comme synonyme d'*infraction*) tout fait illicite prévu et puni par notre loi pénale.

Dans la langue du droit civil, le mot *délit* désigne tout fait illicite et dommageable accompli avec l'intention de nuire.

2851. On voit par la comparaison de ces définitions :

α. Qu'un fait peut constituer un délit criminel sans constituer un délit civil. D'abord l'intention de nuire, nécessaire pour qu'il y ait délit civil, ne l'est pas, au moins, dans tous les cas, pour qu'il y ait délit criminel, et, par suite, tel fait qui constitue un délit criminel peut ne pas constituer un délit civil.

Ainsi l'homicide par imprudence est un délit criminel. C. pén., art. 319. Il a simplement le caractère de quasi-délit.

De même un grand nombre de faits qualifiés *contraventions*

(1) V. sur ces conditions, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, I, n. 233-234.

(2) V. cependant Zachariæ, § 446 texte et note 2.

sont punis par la loi pénale abstraction faite de toute intention de nuire chez l'auteur (C. pén., art. 471 s.) et sont, par conséquent, des délits criminels, mais non des délits civils.

D'autre part, tel fait qui, n'étant pas dommageable, ne saurait avoir le caractère de délit civil, peut constituer cependant un délit criminel. Tel est le cas de la tentative d'assassinat lorsqu'elle manque complètement son effet.

β. Qu'en sens inverse, un fait peut constituer un délit civil sans constituer un délit criminel, parce qu'il existe des faits illicites et dommageables, accomplis avec intention de nuire, que notre loi pénale ne punit pas. Ainsi le recel d'effets dépendants d'une succession (art. 792 et 801) constitue un délit civil [1], mais non un délit criminel, car aucune loi pénale ne le punit. Il en est de même du stellionat. V. art. 2059.

2852. Le quasi-délit consiste dans un fait illicite et dommageable, qu'une personne a accompli par sa faute, mais sans intention de nuire.

C'est donc uniquement par l'intention de l'agent que le quasi-délit se distingue du délit civil [2] : le même fait peut constituer un délit civil ou un quasi-délit, suivant que l'intention de nuire existe ou n'existe pas chez son auteur [3].

Ainsi, envisagés au point de vue civil, les coups et blessures constituent un délit, si celui qui en est l'auteur a agi volontairement et méchamment, et seulement un quasi-délit s'il a agi involontairement, s'il n'est coupable que d'imprudence [4].

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, II, 1re édit., n. 2402 et 2403, 2e et 3e édit., n. 1778-1781 et n. 1824.

(2) C'était bien l'idée de Pothier : « On appelle délit, disait-il, le fait par lequel une personne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à un autre. Le quasi-délit est le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence, qui n'est pas excusable, cause quelque tort à une autre ». *Oblig.*, n. 116.

(3) Toullier, XI, n. 113; Colmet de Santerre, V, n. 364 *bis*-IV; Sourdat, *Tr. génér. de la responsabilité*, I, n. 642; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 754; Larombière, VII, p. 537 (art. 1382 et 1383, n. 3); Demolombe, XXXI, n. 451 s.; Laurent, XX, n. 384; Vigié, II, n. 1794 et 1796; Huc, VIII, n. 402; Thiry, III, n. 202-203. — Req., 24 décembre 1860, S., 61. 1. 983, D. P., 61. 1. 373. — Trib. civ. Neuchâtel, 19 décembre 1867, joint à Req., 29 juillet 1869, S., 70. 1. 11, D. P., 71. 1. 237.

(4) Civ. rej., 15 avril 1889, S., 91. 1. 292, D. P., 90. 1. 136. — V. Garraud, *Tr. th. et prat. du dr. pén. franç.*, IV, n. 416.

2853. La distinction des délits et des quasi-délits pourrait, sans aucun inconvénient, disparaître de notre législation, car elle est complètement dépourvue d'intérêt. Les délits et les quasi-délits sont, les uns et les autres, des actes illicites. Qu'il s'agisse de ceux-ci ou de ceux-là, l'auteur du dommage doit le réparer de la même façon [1]. Aussi le Code fédéral des obligations, le Code civil allemand et le Code civil japonais les confondent-ils sous la dénomination d'*actes illicites* [2]. D'ailleurs il est remarquable que si, dans la rubrique de notre chapitre, le législateur mentionne à la fois les délits et les quasi-délits, il les désigne cumulativement sous le nom générique de *faute* dans les art. 1382 et 1383.

SECTION II

ÉLÉMENTS COMMUNS AU DÉLIT CIVIL ET AU QUASI-DÉLIT [3]

2853 I. Il résulte des termes de l'art. 1382 que l'application de sa disposition suppose une *faute dommageable*. L'analyse amène donc à distinguer dans un délit ou dans un quasi-délit trois éléments essentiels : 1° un fait illicite; 2° l'imputabilité de ce fait à son auteur; 3° un préjudice causé par ce fait [4].

Chacun de ces éléments va faire l'objet d'une étude spéciale.

§ I. *Fait illicite.*

2854. α. Si l'on rapproche l'une de l'autre les définitions que nous venons de donner du délit civil et du quasi-délit, on voit d'abord que ces expressions éveillent toutes deux l'idée d'un fait *illicite*, c'est-à-dire non permis par la loi.

Peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse d'un fait de commission

(1) Req., 24 déc. 1894, S., 98. 1. 523, D. P., 95. 1. 118. — Lyon, 10 juill. 1896, D. P., 96. 2. 496.

(2) C. fédér. des oblig., I, chap. II, *Des obligations résultant d'actes illicites* (art. 50-69); C. civ. allem., liv. II, tit. XXV, *Actes illicites* (art. 823-853); C. civ. japon., liv. III, chap. V, *Des actes illicites* (art. 709-724).

(3) V. sur cette matière Jean Bosc, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil* (thèse, Montpellier, 1901).

(4) Trib. civ. La-Roche-sur-Yon, 6 juin 1905, *Loi*, 10 juill. 1905, *Mon. jud. Lyon*, 19 juin 1905. — Cpr. Orléans, 19 janv. 1907, *Gaz. Trib.*, 1907, 1er sem., 2. 358.

ou d'omission ; en d'autres termes, un délit civil ou un quasi-délit peut aussi bien consister dans l'omission d'un fait que dans l'accomplissement d'un fait, mais cela suppose que, dans le premier cas, le fait est ordonné par la loi et que, dans le second, il est prohibé par elle (1).

2855. Le délit ou le quasi-délit, disons-nous, suppose un fait *illicite*, c'est-à-dire non permis par la loi. Il s'ensuit que l'usage qu'une personne fait de son droit ne saurait être un élément de délit ou de quasi-délit, car on ne conçoit pas que l'usage d'un droit puisse être contraire au droit (2).

Les jurisconsultes romains exprimaient cette idée dans des formules bien connues : « *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur* », disait Gaius (3). Et Paul : « *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet* (4). Par application de ce principe, Ulpien décidait que le propriétaire qui, en construisant sur son terrain, offusque les fenêtres du voisin, est à l'abri de toute réclamation (5). Proculus admettait la même solution quant au propriétaire qui, en faisant exécuter des travaux sur son fonds, coupe une source dont le voisin profitait antérieurement, et Ulpien déclare approuver cette décision (6).

Cependant, à une époque relativement récente (7), l'idée que

(1) Domat, *Lois civ.*, liv. II, tit. VIII, sect. IV, n. 8. — Marcadé, V, sur les art. 1382 et 1383, II ; Proudhon, *Usufruit*, III, n. 1489 ; Colmet de Santerre, V, n. 364 *bis*-II ; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 746 et p. 754 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, p. 15, § 625, note 1 ; Larombière, VII, p. 539 (art. 1382 et 1383, n. 5 s.) ; Sourdat, *op. cit.*, I, n. 442 ; Demolombe, XXXI, n. 470 et 479 ; Laurent, XX, n. 388 s. ; Arntz, III, n. 475, p. 237 ; Huc, VIII, n. 404 ; Tissier, note sous Req., 16 avril 1894, S., 95. 1. 273. — Trib. civ. Narbonne, 9 nov. 1899, *Loi*, 20 nov. 1899. — Cpr. Toullier, XI, n. 117.

(2) V. notamment Civ. cass., 31 juil. 1855, S., 56. 1. 393, D. P., 55. 1. 390. — Lyon, 31 janv. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 146. — Trib. paix Magny-en-Vexin, 28 mai 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 582. — V. pour d'autres références, Blondel, note sous Civ. cass., 11 nov. 1896, dans S., 97. 1. 274, col. 1, et Appert, note sous Bordeaux, 5 mars 1903, S., 1905. 2. 41.

(3) L. 55, D., *De divers. reg. juris*, L, 17.

(4) L. 151, *eod. tit.* — V. aussi Paul, L. 155, *eod. tit.*

(5) L. 9, *De servitutibus prædiorum*, VIII, 2.

(6) L. 26, D., *De damno infecto*, XXXIX, 2.

(7) Toutefois, dès 1857, Larombière était d'avis que, lorsqu'on abuse de son droit, on encourt une responsabilité. V. tout le passage qui est fort intéressant, *Théor. et prat. des obligations*, V, 1857, p. 692 (art. 1382-1383, n. 11) 2e édit., VII, p. 544.

l'usage d'un droit peut constituer un abus a pénétré dans la doctrine française [1] et a même fait nettement son apparition dans plusieurs décisions de nos tribunaux [2]. Elle a été,

[1] V. pour l'ensemble de la théorie de l'abus du droit, Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, 2e édit., p. 370-374 note, et *De l'abus du droit*, rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code civil *Bulletin de la Société d'études législatives*, 4e année, 1905, p. 325-350; Jean Bosc, *op. cit.*, 2e part., chap. II (*Essai d'une théor. gén. de l'abus du droit*), p. 132-156, et *Résumé et conclusion*, p. 257-270; Porcherot, *De l'abus de droit* (thèse, Dijon, 1901); Charmont, *L'abus du droit*, *Rev. trim. de dr. civ.*, I (année 1902), p. 113-125; Salanson, *De l'abus du droit* (thèse, Paris, 1903); Ferron, note sous Trib. civ. de Bordeaux, 14 déc. 1903, S., 1905. 2. 17 s.; Josserand, *De l'abus des droits* (Paris, Rousseau, 1905), et notes sous Trib. civ. Toulouse, 13 avril 1905, D. P., 1906. 2. 105-107, et sous Trib. com. d'Epernay, 28 fév. 1906 et autres décisions, D. P., 1908. 2. 73-75. — V. aussi Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, n. 173, p. 543-545, et note sous Civ. cass., 11 mars 1896, *Pand. fr. pér.*, 96. 1. 341, col. 1; Sourdat, *op. cit.*, I, n. 439-440 *quater*. — Cpr. G. Ripert, *L'exercice des droits et la responsabilité civile*, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, LVe année, 1905, nouv. sér., t. XXXV, p. 352-366; Laurent, XX, n. 409-417. — V. pour des applications de cette théorie, Duffau-Lagarosse, *Du droit aux dommages-intérêts dans le contrat de louage de services à durée indéterminée, d'après la loi du 27 décembre 1890*, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XLVIIIe année (1899), nouv. série, t. XXVIII; G. Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines* (thèse, Aix, 1902); Charmont, *Questions de responsabilité*, même revue, XLVIIe année (1898), nouv. série, t. XXVII, p. 129; Capitant, *Des obligations du voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin*, même revue, XLIXe année, nouv. série (1900), t. XXIX, p. 156 s.; Meynial, note sous Trib. fédér. Suisse, 2 fév. 1895, S., 97. 4. 9, et note sous Crim. rej., 29 avril 1897, S., 98. 1. 473. — V. aussi Hauriou, note sous Cons. d'Et., 27 fév. 1903, S., 1905. 3. 17. — Parmi les adversaires de la théorie de l'abus du droit, nous signalerons Esmein, note sous Req., 29 juin 1897, S., 98. 1. 21; Planiol, II, 1res édit., n. 909-910, 2e édit. et suivantes, n. 871-872, et, en Allemagne, Wachter, *Würtemb. privatrecht*, II, 1842, p. 195-196; Endemann, *Emführung in das studium des B. G.*, 385, I, 1899, p. 357-361; Buttin, *L'usage abusif du droit* (thèse, Paris, 1904); Marc Desserteaux, *Abus de droit ou conflit de droits*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 5e année (1906), p. 119-139.

[2] Un jugement du Tribunal civil de Toulouse, du 13 avril 1905, porte : « Que la notion d'abus du droit se rattache à l'idée de *but*; que, non seulement tout droit est limité dans son contenu, mais que, de plus, son exercice ne peut avoir lieu dans un *but* quelconque; qu'il y a abus si le droit est exercé en vue de nuire à autrui, peut-être aussi si le droit est exercé sans intérêt ou sans motifs légitimes; que l'abus du droit a été avec raison comparé au détournement de pouvoir du droit administratif, le cas où l'on excède les limites du droit correspondant à celui d'excès de pouvoir ». D. P., 1906. 2. 105. — On lit dans un arrêt de la cour de Bordeaux, du 16 juillet 1907 : « Qu'on peut bien admettre que l'abus du droit peut constituer une faute engendrant la responsabilité, mais qu'il est indispensable que cet abus résulte d'un fait positif et qu'il ait été accompli malicieusement, sans intérêt légitime et sans avoir à en tirer profit ». *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1908. 1. 137.

d'ailleurs, formellement acceptée par quelques législateurs étrangers que nous indiquerons bientôt.

Nous croyons devoir nous associer aux auteurs qui la considèrent comme inexacte : « *Le droit cesse où l'abus commence,* dit fort bien M. Planiol, et il ne peut pas y avoir « usage abusif » d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être *tout à la fois conforme au droit et contraire au droit*. Ce qui est vrai, c'est que les droits ne sont presque jamais absolus; la plupart sont *limités dans leur étendue* et soumis pour leur exercice à des *conditions* diverses. Quand on sort de ces limites ou qu'on n'observe pas ces conditions, on agit en réalité sans droit. Il peut donc y avoir des *abus* dans la conduite des hommes, mais ce n'est pas quand ils *exercent* leurs droits, c'est quand ils les *dépassent* » (1). Nous inspirant de notre éminent collègue M. Esmein, nous dirons : Tant qu'on se renferme dans les limites de son droit, on peut bien commettre une *faute morale*, mais non une *faute juridique* (2).

Si, comme on le prétend dans l'opinion opposée, les juges doivent réprimer l'abus du droit, encore faut-il déterminer à quoi l'on pourra le reconnaître, car il est inadmissible que la très délicate question de savoir si quelqu'un abuse de son droit, soit résolue indépendamment de tout principe directeur. L'accord existe sur ce point. Aussi les partisans de la nouvelle théorie se sont-ils mis en quête d'un critérium. Les plus autorisés d'entre eux estiment que l'abus du droit ne saurait résulter de la simple *intention de nuire*. Il serait trop difficile de découvrir cette intention. Celui à qui on reproche d'avoir abusé de son droit allèguera toujours qu'il avait un intérêt légitime à faire de son droit l'usage incriminé, de sorte que le demandeur en dommages-intérêts sera toujours dans la nécessité d'établir qu'il n'en était point ainsi; or il lui sera impossible de faire cette épreuve, et, par conséquent, en pratique, la protection qu'on prétend résulter de

(1) Planiol, II, 4e édit., n. 871. — V. aussi 1re édit., n. 909, 2e et 3e édit., n. 871. — V. dans le même sens, Wachter et Endemann, *loc. cit.*

(2) V. Esmein, note précitée, S., 97. 2. 21, col. 2 *in princ.*

la théorie de l'abus des droits sera illusoire [1]. Il faut donc se placer à un autre point de vue. M. Saleilles a d'abord enseigné qu'on devait rechercher si le droit a été exercé conformément à son but économique et social : « La véritable formule serait celle qui verrait l'abus du droit dans l'exercice anormal du droit, *exercice contraire à la destination économique ou sociale* du droit subjectif, exercice réprouvé par la conscience publique et dépassant, par conséquent, le contenu du droit, puisque tout droit, au point de vue social, est relatif et qu'il n'y a pas de droits absolus, pas même la propriété » [2]. Cette proposition est approuvée par M. Charmont : « Il y aurait tout avantage à ce que l'accord se fît sur cette formule, dit-il : elle est compréhensive et s'adapte à la généralité des faits. Jusqu'à présent nous avons été surtout frappé par les cas où l'abus du droit semble pouvoir être caractérisé par l'intention de nuire; mais nous reconnaissons que ces cas ne sont pas les seuls qui puissent se présenter. *La détermination du but économique, social, du droit exercé peut être un meilleur critérium* » [3].

Quelque séduisante que cette opinion paraisse d'abord, nous ne saurions nous y rallier. On propose de se référer au but économique et social du droit; mais, ce but, à quel moment faut-il l'envisager? S'agit-il du but économique et social que le législateur avait en vue quand il a consacré le droit? Ne s'agit-il pas plutôt de celui qu'il convient d'assigner actuellement au droit, en tenant compte des transformations qui se sont produites dans la société depuis que celui-ci a reçu sa consécration législative? C'est évidemment au second point de vue que les partisans de la théorie de l'abus du droit entendent se placer. S'ils s'attachaient au but que le législateur avait en vue, il n'y aurait guère place pour cette théorie, car, lorsque le législateur consacre un droit, il a le

(1) Saleilles, *Etude sur la théorie génér. de l'oblig.*, 2e édit., p. 371, note; Charmont, *L'abus du droit, Rev. trimestr. de dr. civ.*, I, 1902, p. 122; Porcherot, *op. cit.*, p. 72-75.

(2) Saleilles, *loc. cit.*

(3) Charmont, *op. cit.*, p. 124. — V. aussi Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, n. 173, p. 544.

soin de le renfermer dans les limites qui, à ses yeux, sont suffisantes pour qu'il ne puisse pas être détourné de sa destination. D'ailleurs, la théorie de l'abus du droit insiste sur cette idée qu'il faut conformer la jurisprudence aux progrès sociaux, au développement de la solidarité. Elle se réfère donc à la destination économique et sociale qu'il convient *actuellement* d'attribuer au droit. Mais alors, que devient le prétendu critérium ? Les juges peuvent toujours dire que cette destination s'est modifiée dans telle ou telle mesure, par suite de l'évolution sociale. Ils peuvent même déclarer qu'un certain droit n'a plus de but économique, n'a plus de but social, et que, par conséquent, on en abuse dès qu'on en use !

Dans un rapport présenté par lui sur notre question, M. Saleilles a abandonné la conception que nous venons de critiquer. Il propose maintenant l'adoption de ce principe : « Un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit ». Une pareille disposition aurait, d'après M. Saleilles, ce grand avantage qu'on apprécierait la situation « en dehors de toute recherche tirée de la mentalité ou des possibilités psychologiques de l'agent ». « Pour déterminer l'abus de droit, il y aurait, non pas à savoir exactement ce qu'a voulu celui qui l'a commis, mais à rechercher si, d'après les circonstances du fait, l'acte qu'il accomplit est susceptible de procurer un intérêt quelconque dont la loi ait pour mission de garantir la réalisation pécuniaire ou morale ». Ce serait une recherche d'intention « *sous une forme purement objective* » (1).

La nouvelle théorie de notre distingué collègue ne nous paraît pas présenter plus de garanties que la précédente. L'appréciation de l'utilité qu'un acte procure à son auteur est essentiellement subjective et nécessite, comme la recherche directe de l'intention, des investigations extrêmement délicates. D'ailleurs, très souvent, la recherche directe de l'inten-

(1) Saleilles, *De l'abus de droit*, Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code civil, *Bull. de la Soc. d'ét. législ.*, 4e année (1905), p. 348-349. — Cpr. Josserand, *De l'abus des droits*, p. 43 s.

tion et la constatation de l'intérêt se confondent : Je fais élever sur ma maison une construction légère, par exemple un atelier de photographe. Mon voisin prétend que cet exhaussement n'a pour but que de le priver d'air et de jour; qu'il ne présente pour moi aucun intérêt digne de la protection légale. Je réponds que je pratique la photographie. « Si cela vous arrive, réplique mon voisin, c'est uniquement pour essayer de faire illusion ! » La recherche de l'intérêt que l'acte me procure ne sera-t-elle pas absolument subjective?

Nous croyons qu'il suffit, pour protéger tous les intérêts qui en sont dignes, pour donner une base juridique aux diverses décisions que provoquent les besoins de la société, de s'attacher à cette idée générale que tous les droits ont des limites.

Appliquons notre proposition à l'exercice du droit d'assigner en justice. D'après une jurisprudence constante, lorsque celui qui soutient un procès, comme demandeur ou comme défendeur, agit de mauvaise foi ou par suite d'une erreur grossière, il peut être condamné à payer une indemnité à son adversaire [1]. Est-ce à dire que, dans ce cas, il y ait

[1] Les jugements et arrêts qui ont admis cette solution sont très nombreux. V. Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, art. 1382-1383, n. 121-195, et *Suppl. à ce Code*, art. 1382-1383, n. 163-202; Carpentier et Frèrejouan du Saint, *Rép. gén. et alph. du dr. fr.*, v° *Responsabilité civile*, n. 118-174; Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 112-114, et *Suppl.* au *Rép. alph.*, eod. v°, n. 82-86. — *Adde* Req., 29 nov. 1905, *Gaz. Trib.*, 6 août 1905. — Lyon, 8 mars 1907 (motifs), *Mon. jud. Lyon*, 16 oct. 1907. — Trib. com. Nantes, 11 mai 1907 (motifs), *Rec. Nantes*, 1907, 384. — Trib. civ. Rennes, 17 mai 1907, *Gaz. Pal.*, 1907. 2. 102, *Gaz. Trib.*, 20 oct. 1907, *Loi*, 11 juillet 1907. — Bordeaux, 28 oct. 1907, *Journ. arr. de Bordeaux*, 1907. 1. 78. — La question de savoir s'il y a abus du droit s'est posée en diverses matières que nous nous bornerons à énumérer en indiquant les ouvrages spéciaux où l'on trouvera les citations de doctrine et de jurisprudence. V. pour le droit de propriété, Porcherot, *op. cit.*, p. 25-37; G. Ripert, *op. cit.*; Capitant, *op. cit.*; Josserand, *op. cit.*, p. 19-21; Dalloz, *Suppl.* au *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 62-65; C. civ. ann. Fuzier-Herman, art. 1382-1383, n. 85-118; Carpentier et Frèrejouan du Saint, *op.* et v° *cit.*, n. 100-112; Appert, note sous Bordeaux, 5 mars 1903, dans S., 1905. 2. 41; — pour le droit de donner congé dans le louage de services, Porcherot, *op. cit.*, p. 42-52; Charmont, *op. cit.*, p. 118, note 2; — pour le droit de grève, Porcherot, *op. cit.*, p. 52-57; Charmont, *op. cit.*, p. 118, note 3; Josserand, *op. cit.*, p. 26-28; — pour les droits du critique, du romancier, de l'auteur dramatique et du journaliste, Porcherot, *op. cit.*, p. 57-65; Charmont, *op. cit.*, p. 118, note 4; Josserand, *op. cit.*, p. 24-26; Dalloz, *Suppl.* au *Rép. alph.* eod. v°, n. 100-103; Trib. civ. Seine, 30 avril 1906, *Loi*, 9 juillet 1907; — pour les droits de famille, Josserand, *op. cit*, p. 28-30, et note D. P., 1908. 2. 74, col. 1, II.

abus du droit? Non, seulement le droit d'ester en justice a des limites. On ne peut l'exercer que pour défendre ses intérêts légitimes (1).

Mais la meilleure manière de faire apparaître les dangers de la théorie de l'abus du droit, c'est de montrer le résultat auquel sont arrivés les législateurs qui ont voulu la consacrer. Le Code civil allemand, dans son art. 226, pose ce principe : « L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui » (2). C'est la généralisation d'une disposition, spéciale au droit de propriété, qui avait été introduite par le Bundesrath dans le troisième projet. Mais comment le juge parviendra-t-il à reconnaître que l'usage du droit *ne pouvait avoir d'autre but que de nuire à autrui?* N'est-ce pas lui demander trop de clairvoyance? Sans doute, le texte, d'après les auteurs allemands qui l'ont interprété, ne serait applicable que lorsqu'il résulte des circonstances de la cause que celui à qui on l'oppose a uniquement cherché à léser son adversaire. Mais, en fait, le juge sera toujours obligé de se livrer à une très délicate analyse psychologique. S'il ne veut pas se prononcer à la légère, il n'appliquera jamais la disposition dont nous venons de transcrire les termes (3).

La formule qu'on trouve dans le second alinéa de l'article 2 du nouveau Code civil suisse n'est pas moins dangereuse : « L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi » (4). *Manifeste!* Espérait-on, en écrivant ce mot, conjurer les décisions arbitraires? Le texte que nous venons de trouver dans le code suisse n'est certainement pas supérieur à celui que nous avons noté dans le code allemand. Le premier,

(1) Esmein, *Note précitée*, S., 97. 2. 21, col. 2 *in medio;* Planiol, II, 1re édit., n. 910-3°, 2e édit. et suiv., n. 872-3°.

(2) Traduc. Saleilles, p. 334. — V. la note sous la traduction.

(3) Planiol, II, 2e édit. et suiv., n. 878 *bis*.

(4) Le projet portait dans son article 3, al. 2 : « Celui qui abuse évidemment de son droit ne jouit d'aucune protection légale ». *Projet de Code civil suisse*, précédé du *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale*, p. 99. M. Saleilles estimait que cette formule était « trop large et trop vague ». *Bull. Soc. d'Et. législ.*, 4e année (1905), p. 348, note 3. La nouvelle rédaction mérite certainement le même reproche.

comme le second, ouvre la porte à toutes les fantaisies de l'appréciation : « Cette disposition, — comme on l'a dit fort justement à propos du second alinéa de l'article 3 du projet, — pour faire disparaître les abus du droit, permettrait aux juges d'abuser tous les jours et sans limites de leurs redoutables fonctions » (1).

§ II. *Imputabilité.*

2856. Tout délit ou quasi-délit suppose en outre l'imputabilité. Il y a imputabilité quand l'acte procède d'une volonté libre, ce qui est nécessaire pour qu'il constitue une faute; or il résulte de l'art. **1382** qu'en l'absence de faute, l'agent n'est pas tenu des dommages-intérêts : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la FAUTE duquel il est arrivé, à le réparer » (2). La décision judiciaire qui alloue des dommages-intérêts sans constater nettement une faute à la charge de la partie condamnée, manque de base légale (3).

D'ailleurs, il appartient à la cour de cassation d'apprécier en droit si les faits souverainement constatés par les juges du fond présentent les caractères juridiques d'une faute (4).

L'imputabilité étant un des éléments essentiels de tout délit ou quasi-délit, il ne saurait y avoir lieu à réparation, soit quand le fait préjudiciable a pour cause un cas fortuit ou un événement de force majeure, soit quand il a été accompli par une personne dépourvue du discernement nécessaire pour comprendre ses actes. Nous allons étudier les princi-

(1) *Journal de Genève,* 1re édit., 29 juin 1904.

(2) Civ. rej., 19 juil. 1870, S., 71. 1. 9, D. P., 70. 1. 361. — V. aussi Civ. rej., 15 avril 1889, S., 91. 1. 292. — Trib. civ. Seine, 31 mai 1904, *Droit*, 22 octobre 1904. — Trib. civ. Bayonne, 17 et 24 mai 1904, *Gaz. trib.*, 1904, 2e semestre, 2. 181, *Droit,* 20 juillet 1904. — Nîmes, 21 nov. 1904, D. P., 1905. 2. 473. — Trib. civ. Seine, 1er février 1905, *Droit,* 4 mai 1905.

(3) Civ. cass., 8 août 1893, S., 96. 1. 180, D. P., 94. 1. 214; 3 juil. 1895, S., 95. 1. 344; 14 janv. 1901 et 25 janv. 1901, S., 1902. 1. 45, D. P., 1901. 1. 190; 27 mars 1901, S., 1901. 1. 421, D. P., 1901. 1. 379; 17 fév. 1902, D. P., 1903. 1. 267, *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 476, *Gaz. Trib.*, 1902, 2e semestre, 1. 69.

(4) Civ. cass., 5 janv. 1872, D. P., 72. 1. 161; 15 avril 1873, S., 73. 1. 174, D. P., 73. 1. 264; 28 janv. 1879, S., 79. 1. 258, D. P., 79. 1. 151. — Req., 27 mars 1882, D. P., 82. 1. 293.

pales applications de cette dernière idée. Puis nous envisagerons la faute en elle-même.

I. *Des personnes irresponsables.*

A. *Irresponsabilité du fou* (1).

2857. Le droit romain classique décidait que le fou, n'ayant pas la connaissance de ses actes, ne pouvait être en faute, ni, par conséquent, tenu de réparer le dommage par lui causé (2). Mais un arrêt du Parlement de Paris, du 10 septembre 1683, permet de croire que notre ancienne jurisprudence avait une tendance à admettre la responsabilité des insensés (3). Merlin, qui cite cet arrêt (4), ajoute, en paraissant bien se placer au point de vue de notre droit moderne : « Un insensé qui ferait des blessures à quelqu'un ne commettrait qu'un délit matériel; cependant ses biens répondraient toujours des dommages-intérêts qui pourraient en résulter » (5). Cette proposition est évidemment erronée. Elle est contredite par le texte même de l'art. 1382. Aujourd'hui la doctrine est unanime à enseigner que le fou est irresponsable civilement aussi bien que pénalement (6), et, sauf une

(1) Cpr. Labbé, *De la démence au point de vue de la responsabilité et de l'imputabilité en matière civile, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXXVII, 20e année, 1870, p. 109-129; E.-H. Perreau, *Exam. doctr. Jurispr. en matière de dr. civil*, même rev., LIe année, nouv. série, t. XXXI, 1902, p. 405-408; Pascaud, *De la responsabilité des aliénés*, même rev., LIVe année, nouv. sér., t. XXXIV, 1905, p. 219-232; Ripert, *Exam. doctr., Jurispr. en matière de droit civil*, même rev., LVIIe année, 1908, nouv. sér., t. XXXVII, 196-198.

(2) L. 14, D., *De officio præsidis*, XVIII, 1.

(3) Cependant cette opinion n'était pas suivie par tous nos anciens auteurs. Pothier, après avoir défini le délit et le quasi-délit, disait : « ... Qu'il n'y a que les personnes qui ont l'usage de la raison, qui en soient capables ». *Oblig.*, n. 118.

(4) Cet arrêt avait été déjà cité par Denisart, *Collection de décisions nouvelles* (Paris, 1771), v° *Insensé*, n. 3, et par Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire* (Paris, 1775), p. 434-435.

(5) *Répert.*, v° *Blessé*, § III, n. 4, et v° *Démence*, § II, n. 3 et 4. — *Adde*, Carnot, *Code pénal*, art. 64, n. 3; Legraverend, *Instr. crim.*, I, p. 462; Muteau, *Responsabilité civile*, p. 137.

(6) Delvincourt, III, p. 452; Favard, *Répert.*, v° *Délit*, n. 1; Proudhon, *De l'usufruit*, n. 1525 et 1526; Rivière, *Rev. de législ.*, 1846, I, p. 304; Marcadé, V, sur les art. 1382 et 1383, I; Colmet de Santerre, V, n. 364 *bis*-III, Zachariæ, § 444, notes 2 et 3; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 747; Sourdat, *op. cit.*, I, n. 16; Larom-

discordance qu'on trouve dans un arrêt de la cour de Montpellier, du 31 mai 1867 (1), la jurisprudence est constante en ce sens (2).

2858. Cependant, croyons-nous, l'insensé doit être déclaré responsable quand sa folie résulte d'habitudes vicieuses, telles que l'alcoolisme, le désordre des mœurs. Alors, en effet, le cas fortuit a été précédé d'une faute; cela suffit pour que la responsabilité soit engagée (3). En France plusieurs décisions judiciaires ont admis cette solution (4).

2859. Ainsi, en principe, sous l'empire de notre législation, les fous sont irresponsables au point de vue civil, comme au point de vue pénal. Mais, il faut le reconnaître, ce système peut, en pratique, aboutir à des résultats qui révoltent la conscience, tant ils sont contraires à l'équité; un fou millionnaire tue un ouvrier, père de famille, et dont le travail est la seule ressource du ménage. Appliquons le principe énoncé plus haut : le fou ne doit aucune réparation, et la famille de l'ouvrier se trouvera désormais sans pain.

Pour conjurer de pareils résultats, quelques législations modernes ont expressément décrété la responsabilité des insensés. Nous citerons le Code civil portugais, le Code fédéral des obligations et le Code civil allemand.

Le Code civil portugais s'exprime ainsi : « Art. 2377. Lors-

bière, VII, p. 552-554 (art. 1382 et 1383, n. 20 et 21); Labbé, *op. cit.*, *Revue crit. de législ. et de jurisp.*, XXXVII, 20e année, 1870, p. 110; Demolombe, XXXI, n. 485-488; Laurent, XX, n. 445-446; Huc, VIII, n. 407, p. 539 *in fine*; Thiry, III, n. 204, p. 225; Planiol, II, 1re édit., n. 916, 2e édit. et suivantes, n. 878.

(1) S., 66. 2. 260, D. P., 67. 2. 3.

(2) Caen, 2 déc. 1853, S., 54. 2. 385, D. P., 55. 2. 117, *Répert. alph.*, v° *Respons.*, n. 564. — Agen, 9 nov. 1864, S., 65. 2. 230. — Req., 14 mai 1866, S., 66. 1. 237, D. P., 67. 1. 298. — Aix, 7 déc. 1866, S., 67. 2. 263. — Lyon, 22 fév. 1871, S., 71. 2. 8, D. P., 72. 2. 133. — Trib. civ. Nice, 17 juin 1889, *Gaz. Trib.*, 2 juil. 1889. — Trib. civ. Béziers, 27 avril 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 2. 245; *Mon. judic. du Midi*, 11 juin 1899. — Req., 21 oct. 1901, S., 1902. 1. 32, D. P., 1901. 1. 524, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 614. — Lyon, 31 déc. 1904, joint à Req., 30 juill. 1906, D. P., 1907. 1. 315 (note de Planiol). — V. aussi Liège, 10 janv. 1835, *Pasicr.*, 35. 2. 12. — Trib. fédér. Suisse, 1er juin 1900, S., 1901. 4. 28.

(3) Demolombe, XXXI, n. 490; Labbé, *op. cit.*, p. 113.

(4) Rouen, 17 mars 1874, S., 74. 2. 199, D. P., 74. 2. 190. — Caen, 9 nov. 1880, S., 82. 2. 118, D. P., 82. 2. 23. — Trib. civ. Auxerre, 10 fév. 1904, *Droit*, 7 juin 1904. — Trib. civ. Seine, 27 nov. 1906, *Gaz. Trib.*, 9 janv. 1907, *Mon. jud. Lyon*, 8 juill. 1907.

que l'auteur du dommage a été exempté de la responsabilité pénale en raison de son état d'ivresse complète ou de démence, il ne sera pas pour cela déchargé de la responsabilité civile, à moins qu'il ne soit sous la tutelle ou sous la surveillance légale d'autrui. Dans ce cas la responsabilité civile incombera au tuteur ou curateur, sauf s'il prouve qu'il n'y a eu, de sa part, ni faute ni négligence ». — § *unique*. Si le tuteur ou le curateur prouve qu'il n'est point responsable, la responsabilité de l'auteur du délit subsistera ». — « Art. 2378. Dans tous les cas où la dette d'indemnité grève les biens d'un aliéné, il y aura lieu de réserver ce qui est nécessaire pour lui fournir des aliments selon son état et sa condition » (1).

Le Code fédéral des obligations dit également : « Art. 58. Si *l'équité* l'exige, le juge peut, par exception, condamner une personne même irresponsable à la réparation totale ou partielle du préjudice qu'elle a causé ».

Et voici la disposition du Code civil allemand : « Art. 829 : Celui qui, dans un des cas indiqués aux articles 823 à 826, se trouve, par application des articles 827, 828 (2), n'être pas responsable pour un dommage causé par lui, n'en doit pas moins, si la réparation du dommage ne peut être obtenue d'un tiers chargé de sa surveillance, réparer le dommage dans la mesure où, d'après les circonstances et en particulier d'après la situation respective des intéressés, l'équité exige un dédommagement, et autant qu'il ne serait pas privé par là des moyens dont il a besoin pour son entretien, conformément à sa situation, aussi bien que pour l'exécution des devoirs d'entretien qui lui sont imposés par la loi » (3).

Il se dégage de l'ensemble de ces dispositions les idées suivantes : d'abord elles ont été inspirées par un sentiment d'équité; puis la responsabilité du fou n'est admise que sub-

(1) Traduc. Laneyrie et Dubois, p. 683 *in fine* et p. 684.

(2) Il s'agit, dans l'art. 827, de l'individu « dans un état d'inconscience ou dans un état de trouble mental de caractère pathologique excluant toute libre disposition de la volonté », et, dans l'art. 828, de celui qui n'a pas accompli sa septième année, de celui qui, ayant plus de sept ans sans avoir accompli sa septième année, « n'avait pas le discernement nécessaire pour se rendre compte de la responsabilité », enfin du sourd-muet.

(3) Traduc. du comité de Législation étrangère, II, p. 395.

sidiairement, c'est-à-dire dans le cas seulement où la réparation ne peut pas être obtenue de personnes chargées de le surveiller ; enfin la réparation ne doit jamais enlever au fou les rssources nécessaires pour vivre et même pour occuper son rang social.

On a essayé d'engager la législation française dans cette voie. En 1901, à la Chambre des députés, M. Pourquery de Boisserin a déposé une proposition de loi tendant à modifier l'art. 1382 en substituant au mot *faute* l'expression de *fait* et en déclarant « le dément responsable civilement du préjudice par lui causé » (1). Cette proposition a été adoptée par la Chambre après déclaration d'urgence (2).

2860. Lorsqu'on recherche si l'auteur d'un acte illicite jouissait de ses facultés mentales, il faut examiner son état au moment où l'acte a été accompli et par rapport à celui-ci. On doit, par conséquent, si, à ce moment, il se trouvait dans un intervalle lucide, le déclarer responsable, bien qu'il fût habituellement en état de démence. Peu importerait, d'ailleurs, que son interdiction eût été prononcée. Il est évident que l'art. 502, aux termes duquel : « Tous actes passés par l'interdit sont nuls de droit », n'est pas applicable dans notre hypothèse. Peut-on dire que des délits ou quasi-délits commis par un interdit sont des *actes passés par lui* (3) ?

2861. L'individu qui commet un délit, alors qu'il est ivre, doit-il être considéré comme responsable? Pothier répondait : « Quoique l'ivresse fasse perdre l'usage de la raison, une personne ne laisse pas d'être obligée à la réparation du tort qu'elle fait à quelqu'un dans l'état d'ivresse; car c'est sa faute de s'être mise volontairement dans cet état. Et en cela un homme ivre diffère des enfants et des insensés, auxquels on ne peut imputer aucune faute » (4). Telle est encore l'opi-

(1) *J. off.*, Ch. des dép., *Doc. parl.*, 1901, sess. extraord., annexe n. 2742, p. 73.

(2) *J. off.*, Ch. des dép., rapp., *Doc. parl.*, 1902, sess. ord., annexe n. 2943, p. 117; urgence, adoption, séance du 19 février 1902, déb. parl., 1902, sess. ord., p. 770.

(3) Larombière, VII, p. 551 (art. 1382-1383, n. 20); Sourdat, *op. cit.*, I, n. 16 *in fine;* Demolombe, XXXI, n. 492. — V. aussi Nancy, 7 fév. 1867, D. P., 67. 2. 73.

(4) *Oblig.*, n. 119 (édit. Dupin, I, p. 63).

nion généralement suivie. La faute initiale fait obstacle à ce qu'on puisse excuser l'acte dommageable (1).

Le Code fédéral des obligations, le Code civil allemand, le Code civil japonais et le Code civil serbe en ont une disposition spéciale (2).

Indiquons deux points qui ne sauraient faire aucune difficulté : d'une part, la question que nous venons d'examiner se pose seulement dans le cas où l'ivresse est très accentuée, car, s'il n'en est pas ainsi, le discernement subsiste, et il n'y a pas de raison pour mettre en doute la responsabilité.

D'autre part, l'acte ne saurait être imputé à faute à l'agent lorsque l'ivresse est absolument involontaire, notamment quand elle résulte de manœuvres pratiquées par des tiers.

2862. A l'ivresse proprement dite il faut assimiler le trouble intellectuel résultant de l'usage de la morphine. Un intéressant arrêt de la cour d'Alger, du 11 juillet 1892, décide que l'ivresse morphinique, pas plus que l'ivresse alcoolique, ne peut faire obstacle à la responsabilité lorsqu'elle est habituelle et volontaire et que l'emploi de la morphine a pour but, non de supprimer une douleur trop vive, mais de se procurer des sensations extatiques (3).

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Quasi-délit*, XII, et v° *Excuses*, n. 3 et 4; Delvincourt, III, p. 682, note 7; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 747; Sourdat, *op. cit.*, I, n. 19; Larombière, VII, p. 555 (art. 1382-1383, n. 23, al. 2); Demolombe, XXXI, n. 491. — Rouen, 17 mars 1874, S., 74. 2. 199, D. P., 74. 2. 190.

(2) C. fédér. des oblig., art. 57 : « Celui qui, par sa faute, a perdu momentanément la conscience de ses actes, est tenu du dommage qu'il a causé dans cet état ». — C. civ. allem., art. 827 : « Quiconque, étant dans un état d'inconscience ou dans un état de trouble mental de caractère pathologique excluant toute libre disposition de la volonté, cause un dommage à un autre, n'est pas responsable du dommage. S'il s'est placé dans un état passager de cette nature en faisant usage de boissons alcooliques ou de moyens analogues, il est, relativement au dommage qu'étant dans cet état il a causé par un fait contraire au droit, responsable de la même manière que lorsqu'il a à répondre de sa négligence; aucune responsabilité ne lui incombe s'il est tombé dans cet état sans qu'il y ait de sa faute » (Traduc. du comité de législ. étr., II, p. 393). — C. civ. jap., art. 713 : « Celui qui, en état de démence, a causé un dommage à autrui n'est pas tenu de le réparer, à moins que volontairement ou par sa faute il ne se soit mis temporairement dans cet état » (Traduct. Molono et Tomii, p. 168). — C. civ. serbe, art. 807 : « Si celui qui cause le dommage est pris de vin, il ne sera pas responsable, à moins qu'il ne se soit enivré volontairement ». — V. aussi C. civ. autrichien, art. 1307.

(3) D. P., 93. 2. 20.

2863. Est-il besoin de dire que le prodigue auquel il a été donné un conseil judiciaire ne cesse point, par cela seul, d'être responsable de ses délits et quasi-délits? Sans doute, si un aliéné, au lieu d'être interdit, est simplement pourvu d'un conseil, il se peut qu'en fait, à raison de l'oblitération de son intelligence et de son sens moral, il ne soit pas tenu de réparer le dommage résultant d'un de ses actes; mais, évidemment, le fait même qu'une personne est soumise à un conseil judiciaire ne la rend pas irresponsable quant à ses délits et quasi-délits. La mesure qu'on a prise à cet égard n'a point pour but de la soustraire à la responsabilité délictuelle, mais bien de l'empêcher de contracter témérairement (1).

Que si l'auteur de l'acte illicite est un faible d'esprit pour lequel l'assistance d'un conseil a été prescrite par la justice en vertu de l'art. 499, il faudra, comme s'il s'agissait d'un interdit, se demander quel était l'état de ses facultés intellectuelles au moment où a été commis le délit ou le quasi-délit (2).

B. *Irresponsabilité de l'enfant dépourvu de discernement.*

2864. Le mineur qui accomplit sans discernement un acte illicite, n'est pas responsable. Qu'elle provienne de l'âge ou de la démence, l'absence de tout discernement exclut l'imputabilité. Mais la minorité n'est pas, par elle-même, une cause d'irresponsabilité : « Il (le mineur) n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit », dit l'art. 1310. Il faut examiner si, en fait, l'intelligence du mineur était suffisamment développée pour qu'il pût comprendre ce qu'il faisait : « On ne peut, disait Pothier, précisément définir l'âge auquel les hommes ont l'usage de la raison, et sont, par conséquent, capables de malignité, les uns l'ayant plus tôt que les autres; cela doit s'estimer par les circonstances... » (3). Le mineur, nonobstant son âge, est

(1) Larombière, VII, p. 555 *in fine* (art. 1382-1383, n. 23, al. 3); Sourdat, *op. cit.*, I, n. 18; Demolombe, XXXI, n. 497. — V. aussi Crim. rej., 29 mars 1849, S., 50. 1. 77, D. P., 49. 1. 225.

(2) Demolombe, XXXI, n. 498.

(3) *Oblig.*, n. 118, al. 3 (édit. Dupin, I, p. 63).

pécuniairement responsable s'il a pu se rendre compte de la portée de son acte [1]. C'est ainsi que les manœuvres de séduction qui ont eu pour conséquence la grossesse de la fille séduite peuvent donner lieu à des dommages-intérêts, bien que le séducteur fût mineur, s'il a agi avec discernement [2]. Peu importe, d'ailleurs, que l'auteur d'un acte illicite n'ait pas dix-huit ans révolus (avant la loi du 12 avril 1906, nous aurions dit : 16 ans). Les règles posées dans les art. 66 et 67 C. pén. ne peuvent pas être étendues au droit civil [3]. Aussi, par exemple, un enfant âgé de dix ans seulement, mais ayant agi avec discernement, a-t-il été déclaré pécuniairement responsable de la blessure causée à un de ses camarades par un morceau d'ardoise qu'il avait lancé en l'air dans la cour de la pension où les élèves se trouvaient réunis [4]. Les tribunaux doivent donc, suivant les espèces, prononcer ou écarter la responsabilité.

Les auteurs du Code civil allemand ont cru, au contraire, devoir restreindre, dans cette matière, la liberté d'appréciation des juges. Ils disposent ainsi, dans l'art. 828 : « Quiconque n'a pas accompli sa septième année n'est pas responsable du dommage qu'il a causé à un autre. — Quiconque a plus de sept ans, sans avoir accompli sa dix-huitième année, n'est pas responsable du dommage qu'il a causé à un autre, lorsqu'au moment de la réalisation du fait dommageable, il n'avait pas le discernement nécessaire pour se rendre compte de la responsabilité... » [5]. Mais la distinction faite dans cet article est très arbitraire, elle est contraire à la réalité des

(1) Bordeaux, 31 mars 1852, P., 53. 1. 284, D. P., 54. 5. 656, et *Répert. alph.*, v° *Resp.*, n. 140; 23 janv. 1905, S., 1905. 2. 188.

(2) Toulouse, 28 nov. 1864, S., 65. 2. 2, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Respons.*, n. 205.

(3) Sourdat, *op. cit.*, I, n. 17; Larombière, VII, p. 553 (art. 1382-1383, n. 20, al. 4); Demolombe, XXX, n. 495; Laurent, XX, n. 446; Planiol, II, 1re édit., n. 917-1°, 2e édit. et suiv., n. 879-1°.

(4) Nancy, 26 mai 1888, joint à Civ. cass., 13 janv. 1890, S., 91. 1. 49, D. P., 90. 1. 145.

(5) Traduction du comité de législ. étr., II, p. 394. V. la note sous la traduction. — Cette distinction, comme le fait observer M. Saleilles, est analogue à celle que faisaient les Romains, entre les *infantiæ proximi* et les *pubertati proximi*. *Essai d'une th. gén. de l'oblig.*, n. 319, al. 2.

faits, et nous ne croyons pas qu'elle soit préférable au système français.

II. *Particularités de la faute aquilienne.*

2865. Le législateur français ne définit pas la faute délictuelle ou aquilienne. Il se borne à employer incidemment le mot *faute* dans l'art. 1382, dont nous rappelons les termes : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la *faute* duquel il est arrivé à le réparer » (1).

La faute délictuelle ou aquilienne est un manquement à un devoir général sanctionné par la loi. On l'oppose à la faute contractuelle, qui est, comme nous l'avons vu, la violation d'une obligation proprement dite, d'une obligation au sens juridique du mot (2).

Nous avons déjà indiqué les différences qui existent entre ces deux espèces de fautes (3).

La distinction de la faute délictuelle et de la faute contractuelle est traditionnelle, notamment en France. Cependant, aujourd'hui, elle est rejetée par quelques auteurs (4).

2866. Dans certaines matières la détermination du caractère de la faute donne lieu à des difficultés. C'est ainsi que la jurisprudence est divisée sur le point de savoir si la faute des voituriers, spécialement des compagnies de chemins de fer, au cas d'accidents de personnes, doit être considérée comme quasi-délictuelle ou comme contractuelle. L'intérêt pratique de cette question est considérable, puisque, selon la solution qu'on adoptera, la victime sera ou ne sera pas tenue

(1) Cpr. sur la notion de faute, Planiol, *Etudes sur la responsabilité civile.* Première étude, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, LIVe année (1905), nouv. série, XXXIV, p. 277-292, et *Tr. élém. de dr. civ.*, 4e édit., II, n. 863 à 863 *ter.*

(2) Marcadé, V, sur les art. 1382-1383, III. — V. aussi Gény, *Risques et responsabilité, Rev. trimestr. de dr. civ.*, I, 1902, p. 816, note 1.

(3) V. notre tome I, n. 355-356.

(4) V. notamment Grandmoulin, *Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles,* thèse, Rennes, 1892. — Planiol, II, 1re édit., n. 911-915, 2e édit. et suiv., n. 837-877, et note sous Paris, 8 fév. 1896, D. P., 96. 2. 457-459. — V. aussi Lefebvre, *Responsabilité délictuelle, contractuelle, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXXVe année, 1886, nouv. série, t. XV, p. 485 s.

de faire la preuve d'une faute à la charge du voiturier. Nous croyons qu'il s'agit ici d'une faute contractuelle : « Ils (les voituriers) sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues et avariées par cas fortuit ou force majeure ». Ainsi s'exprime l'art. 1784. A notre avis, ce texte ne renferme qu'une application de cette règle de droit commun d'après laquelle tout débiteur obligé en vertu d'un contrat doit des dommages-intérêts au cas d'inexécution de son engagement, à moins qu'il ne démontre qu'elle résulte d'un cas fortuit ou de force majeure. Aussi, bien que l'art. 1784 parle seulement du transport des choses, il est également applicable au transport des personnes. Mais cette question fait l'objet d'une controverse sur laquelle nous n'avons pas à nous étendre (1).

2867. Avant la loi du 9 avril 1898, un problème analogue s'était posé en ce qui regarde les accidents du travail ou accidents industriels. Ces faits étaient devenus très fréquents par suite du développement considérable qu'avait pris l'usage des machines. Fort souvent les ouvriers victimes d'accidents de ce genre ou, quand ils avaient péri, leurs familles réclamaient une indemnité au patron. Or la jurisprudence leur appliquait constamment la disposition de l'art. 1382 et décidait en conséquence qu'il leur incombait d'établir une faute à la charge du patron (2). C'était, la plupart du temps, mettre les ouvriers dans une situation déplorable : « Il résulte de cette règle, disait fort bien M. Ricard, dans le rapport présenté par lui à la Chambre des députés le 25 février 1892, que l'ouvrier est seul à supporter les conséquences de tous les accidents dus aux cas fortuits, à la force majeure, à sa faute même légère et excusable et enfin aux fautes de son patron, lorsqu'il est dans l'impossibilité de les prouver. Or, la preuve, dans ce dernier cas, est souvent impossible à faire, lorsque l'état matériel des lieux a été modifié par l'accident, lorsque l'ouvrier

(1) V. pour la discussion approfondie et pour les autorités en sens divers, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, II, 1re édit., n. 1687, p. 302-304, 2e édit., n. 2553, p. 565-568, 3e édit., n. 3550, p. 383-385.

(2) V. notamment Req., 2 décembre 1884, S., 86. 1. 367, D. P., 85. 1. 423.

a été tué ou grièvement blessé, ou lorsque les personnes présentes sont hors d'état de fournir un témoignage éclairé et impartial. D'après les statistiques étrangères, on constate que, sur 100 accidents, il y en a tout d'abord 75 fortuits ou causés par force majeure, pour lesquels l'ouvrier ne peut jamais obtenir de réparation, et que, sur le reste, il y en a fort peu pour lesquels la victime obtienne en définitive la justice qui lui est due » (1).

La situation de l'ouvrier était particulièrement difficile lorsqu'il se trouvait en face d'une compagnie d'assurances. La compagnie venait lui dire : « C'est à nous que vous avez affaire, votre patron s'étant assuré auprès de nous contre les conséquences des accidents dont ses ouvriers pourraient être victimes dans leur travail. Vous n'avez droit à une indemnité qu'à la condition d'établir la faute de votre patron, preuve très difficile à fournir. En supposant que vous réussissiez, vous attendrez pendant très longtemps l'indemnité après laquelle vous soupirez. Il faut compter, en effet, avec les lenteurs judiciaires et avec notre intention bien arrêtée d'aller jusqu'au bout, d'épuiser successivement tous les degrés de juridiction. Eh bien! pour vous libérer de tous ces ennuis et de toutes ces difficultés, nous vous proposons une transaction. Sur les 10.000 fr. que vous demandez, nous vous en offrons 1.000, à la condition que vous renonciez à votre action ». Et l'ouvrier, pressé par le besoin et redoutant d'ailleurs l'incertitude et les périls de la lutte avec un adversaire puissant, acceptait presque toujours le peu qu'on lui offrait et se trouvait ainsi très insuffisamment indemnisé.

En présence de ces résultats iniques, M. Sainctelette, en Belgique, et M. Sauzet, en France, émirent presque simultanément l'opinion qu'il fallait, au cas d'accident industriel, considérer la faute du patron comme une faute contractuelle et, par suite, renverser la preuve. D'après eux, le patron, dans le louage du travail, ne s'engageait pas seulement à

(1) *J. off.* Ch. des dép., *Doc. parl.*, 1892, sess. ord., annexe n. 1926, p. 305. D. P., 98. 4. 50, note 5, al. 4. — Cpr. le rapport de M. Duché déposé le 28 nov. 1887. Ch. des dép., *Doc. parl.*, 1887, sess. extraord., annexe n. 2150, p. 386. — V. un extrait de ce rapport dans S., *Lois nouv.*, 1899, p. 762, note III, col. 2 *in fine*.

payer un salaire à l'ouvrier, mais aussi à prendre, dans l'intérêt de ce dernier, toutes les précautions commandées par la nature du travail dont il était chargé. L'ouvrier n'avait donc, pour triompher dans sa demande en indemnité, qu'à établir le fait matériel de l'accident, en d'autres termes l'inexécution de l'obligation contractée envers lui par le patron. C'était à celui-ci de prouver qu'il n'avait pas commis de faute ayant causé l'accident (1). Cette doctrine obtint d'abord l'adhésion de Labbé, puis celles de Demangeat et de beaucoup d'autres (2).

Cependant la jurisprudence française ne la suivit pas (3).

(1) Sainctelette, *De la responsabilité et de la garantie* (accidents de transports et de travail) (Bruxelles et Paris, 1884), p. 140, n. 13; *Accidents du travail, responsabilité et garantie, Rev. de dr. belge*, 1888, p. 401; *Les accidents du travail, La jurisprudence qui s'éloigne et la jurisprudence qui s'approche* (1888); *Mémoire pour Mme Ve de Sitter* (Bruxelles, 1888); *Bibliographie de la question de la responsabilité et de la garantie, Belgique judiciaire*, 28 mars 1889; *La Loi*, des 6, 7, 8 et 9 mai 1886. — Sauzet, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels, Rev. crit. de législ. et de jurisp.*, XXXIIe année, 1883, nouv. série, t. XII, p. 598 s. et p. 608 s.

(2) Labbé, *Notes* dans S., 85. 4. 25; 86. 2. 97; 86. 4. 25; 89. 4. 1; 90. 4. 17. — Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, mémoire présenté à l'Académie des sciences morales et politiques, *Compte-rendu des séances de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1886, p. 129 s., p. 626 s., p. 843 s.; Demangeat, *Rev. prat.*, t. LV, p. 556 s.; Marc Gérard, *Le louage de services et la responsabilité des patrons, Rev. crit. de législ. et de jurisp.*, XXXVIIe année, 1888, nouv. série, t. XVII, p. 426 s.; Gandouin, *Des accidents du travail et de la responsabilité des patrons*, Paris, 1891; Huc, VIII, n. 427-433, p. 564-574. — Cpr. Esmein, note S., 97. 1. 20, § IV. — V. pour l'étude critique de la thèse contractuelle, Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile* (*Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*) (Paris, Rousseau, 1897), n. 8-13, p. 12-22; *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, n. 334-338.

(3) Req., 2 décembre 1884, S., 86. 1. 367, D. P., 85. 1. 223. — Orléans, 20 décembre 1888, S., 90. 2. 14. — Rouen, 12 mars 1891, S., 94. 2. 243. — Bordeaux, 9 novembre 1892, S., 93. 2. 148. — Rennes, 20 mars 1893, S., 94. 2. 36, D. P., 93. 2. 526. — Req., 5 avril 1894, S., 97. 1. 229, D. P., 94. 1. 478; 15 juillet 1896, S., *ibid.* — Rouen, 3 décembre 1898 (motifs), S., 99. 2. 197; 3 déc. 1899 (motifs), S., 1900. 2. 57 (Note de M. Esmein). — V. aussi Req., 31 mai 1886 (sol. implic.), S., 87. 1. 209. — Trib. civ. Moulins, 8 janv. 1887, S., 87. 2. 173. — *Adde* Liège, 18 juin 1885, S., 85. 4. 25. — Trib. civ. de Mons, 14 novembre 1885, S., 86. 4. 6. — V., dans le même sens que la jurisprudence française, Lefebvre, *De la responsabilité délictuelle, contractuelle, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XXXVe année, 1886, nouv. série, t. XV, p. 485 s.; Arthur Desjardins, *Le Code civil et les ouvriers, Rev. des Deux Mondes*, du 15 mars 1888, p. 350 s. — Mais la jurisprudence belge s'est plusieurs fois prononcée pour la responsabilité contractuelle. Trib. civ. de Bruxelles, 25 avril 1885, et Trib. com. de Bruxelles, 28 avril 1885,

La question conserve, aujourd'hui encore, une partie de son intérêt, la loi du 9 avril 1898, comme nous le verrons, ne s'appliquant pas à tous les accidents du travail (1).

2868. En matière de délits ou de quasi-délits, pour que la faute soit prise en considération, il n'est pas nécessaire qu'elle atteigne un certain degré de gravité. « *Chacun*, dit l'art. 1383, *est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ». Ce qui revient à dire que la faute la plus légère suffit pour faire encourir la responsabilité édictée par l'art. 1382 : *In lege Aquilia et culpa levissima venit* (2). Tel était le principe que posait Domat : « Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, *si légères qu'elles puissent être,* doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu » (3). Selon nous (4), c'est pour consacrer ce même principe que le législateur a écrit la disposition de l'art. 1383. Bertrand de Greuille, dans son rapport au Tribunat, et le tribun Tarrible, dans son discours devant le Corps législatif, ont reproduit la doctrine de Domat. Le premier s'est exprimé ainsi : « On pourrait, au premier aspect, se demander si cette conséquence n'est pas trop exagérée, et s'il n'y a pas quelque injustice à punir un homme pour une action qui participe uniquement de la faiblesse ou du malheur et à laquelle son cœur ou son intention sont absolument étrangers. La réponse à cette objection se trouve dans ce grand principe d'ordre public : c'est que la loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui

S., 85. 4. 25. — Trib. com. d'Anvers, 21 septembre 1885, S., 86. 4. 6. — *Adde* dans ce dernier sens Cour supér. de just. de Luxembourg, 27 novembre 1884, S., *ibid.* — Comp. Gand, 18 juin 1887, S., 89. 4. 1. — Cependant la cour de cassation belge, tout en reconnaissant que la responsabilité du patron a sa source dans le contrat, a cru pouvoir mettre la preuve à la charge de l'ouvrier victime de l'accident. — V. Cass. Belgique, 8 janvier 1886, S., 86. 4. 25. — V. cependant Cass. Belgique, 28 mars 1889, S., 90. 4. 17.

(1) V. *infra*, n. 2973.

(2) L. 44, D., *Ad legem Aquiliam*, IX, II.

(3) *Lois civ.*, 1re partie, liv. II, tit. VIII, sect. IV, n. 1 (édit. Rémy, I, p. 480).

(4) V. cep. Planiol, II, 1re édit., n. 904, dern. al., 2e édit. et suiv., n. 866, 2e al.

souffre. Partout où elle aperçoit qu'un citoyen a éprouvé une perte, elle examine s'il a été possible à l'auteur de cette perte de ne pas la causer ; et si elle trouve en lui de la légèreté ou de l'imprudence, elle doit le condamner à la réparation du mal qu'il a fait » (1). Ainsi, dans notre matière, il n'y a certainement pas à établir de classification des fautes. La moindre faute engendre la responsabilité.

2869. Les clauses d'exonération de responsabilité sont valables dans les contrats, sauf en ce qui regarde la fraude et la faute lourde. Mais, en matière de quasi-délits, elles ont été toujours considérées avec raison comme nulles (2). De même que les devoirs légaux qu'elle sanctionne, la responsabilité quasi-délictuelle est d'ordre public. On fait une objection : dans les contrats d'assurance contre l'incendie ou contre les accidents dont les ouvriers sont victimes, l'assuré a le droit de se décharger sur l'assureur des fautes qu'il pourra commettre, alors même qu'elles résulteraient de quasi-délits. C'est ce qui est admis notamment pour les fautes qui donneraient lieu, soit au recours des voisins à la suite d'un incendie, soit au recours des ouvriers à raison d'un accident (3). Il ne saurait être illicite de se procurer, par une convention avec les personnes auxquelles nuiraient vos fautes éventuelles, ce même avantage qu'il est permis d'obtenir au moyen d'une assurance.

Ce raisonnement est des plus fragiles. A la différence d'une clause d'exonération, l'assurance, bien loin de supprimer la responsabilité, la suppose essentiellement, puisqu'elle a pour objet d'en réparer les conséquences. De plus, elle n'est pas opposable à la victime, dont les droits, par suite, ne sont pas diminués. Cette dernière, si le fait dommageable se produit,

(1) Fenet, XIII, p. 474; Locré, XIII, p. 40, n. 9. — V. aussi Tarrible, *Discours prononcé devant le Corps législatif*, Fenet, XIII, p. 487 *in fine*; Locré, XIII, p. 57-58, n. 19.

(2) V. cep. Lyon, 6 août 1907, *Gaz. Pal.*, 1907. 2. 544, *Gaz. Trib.*, 16 nov. 1907, *Loi*, 7 déc. 1907.

(3) Ce recours, d'après la jurisprudence, découle d'un quasi-délit. Lyon, 17 fév. 1882, S., 82. 2. 247, D. P., 83. 2. 91. — Dijon, 27 mars 1882, S., 83. 2. 201, D. P., 82 2. 225. — Civ. rej., 28 oct. 1903, S., 1904. 1. 437, D. P., 1905. 1. 413, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 58, *Gaz. Trib.*, 1904, 1er semestre, 1. 70, *Droit*, 30 janv. 1904.

aura incontestablement son action en indemnité comme si l'assurance n'avait pas été conclue. Ce contrat se concilie donc parfaitement avec les exigences de l'ordre public. Or, il n'en est point de même de la convention d'irresponsabilité. Enfin l'assuré ne cesse pas d'avoir un intérêt à être diligent, ne serait-ce que pour obtenir du même assureur, dans d'autres contrats, une modification de prime, tandis que la clause d'exonération aura presque toujours un caractère léonin et favorisera la négligence ou l'imprudence de celui qui en bénéficiera (1).

Cette question ne pourra, d'ailleurs, se présenter qu'assez rarement, car, presque toujours, les faits générateurs de la responsabilité, quand ils ne sont pas relatifs à l'exécution d'un contrat, ne sont prévus par personne, pas même par leur auteur.

§ III. *Dommage.*

2870. Le troisième élément du délit ou du quasi-délit est le dommage. Il faut évidemment le distinguer de la faute, car, s'il peut résulter de cette dernière, il n'en est pas la conséquence nécessaire. Mais la faute n'est prise en considération par la loi que si elle cause un préjudice. Ainsi le droit, à la différence de la morale, n'envisage pas la faute en elle-même. Cela s'explique par cette considération que le législateur, eu égard à sa mission qui est de maintenir l'ordre social, n'a à se préoccuper de la faute que lorsqu'elle trouble celui-ci (2).

La personne qui demande une réparation à raison d'un délit ou d'un quasi-délit, doit, en conséquence, justifier d'un

(1) Sourdat, *op. cit.*, I, n. 662 *septies*, p. 758-761; Sainctelette, ***Responsabilité et garantie***, n. 5, p. 16 s.; Fromageot, ***De la faute comme source de la responsabilité en droit privé***, p. 66-70. — Dijon, 24 juill. 1874, S., 75. 2. 73. — Trib. de Saint-Etienne, 10 août 1886, S., 87. 2. 48.

(2) Sourdat, *op. cit.*, I, n. 413; Planiol, II, 1re édit., n. 905, 2e, 3e et 4e édit., n. 867. — *Adde* Mourlon, II, n. 1691; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 746 et 754; Demolombe, XXXI, n. 671; Laurent, XX, n. 391 et 526; Arntz, III, n. 475, p. 237; Huc, VIII, n. 406; Thiry, III, n. 204, p. 225. — Req., 13 juin 1864, D. P., 64. 1. 333. — Civ. rej., 10 avril 1866, S., 66. 1. 251, D. P., 66. 1. 342. — Req., 19 janv. 1881, S., 85. 1. 264, D. P., 81. 1. 245. — Req., 8 juil. 1884, D. P., 85. 1. 231 ; 27 juil. 1885, D. P., 85. 1. 363. — Nancy, 12 mars 1885, D. P., 86. 2. 37. — Riom, 27 avril 1891, D. P., 92. 2. 520. — Req., 23 juin 1887, S., 90. 1. 291, D. P., 87. 1. 449; 6 fév. 1894, S., 94. 1. 309, D. P., 94. 1. 192.

préjudice actuel et appréciable. Elle ne peut réclamer des dommages-intérêts quand la réalité du préjudice subi par elle n'est pas établie d'une manière certaine (1), par exemple quand il s'agit d'un préjudice possible et éventuel, constituant simplement une menace qui, peut-être, ne se réalisera jamais (2).

Les juges du fond apprécient souverainement l'existence du dommage (3); il leur appartient, par conséquent, de décider, par une appréciation souveraine du fait, que le préjudice allégué n'existe pas (4).

2871. Aujourd'hui la plupart des auteurs sont d'avis que le dommage simplement moral doit, tout aussi bien que le dommage matériel, être l'objet d'une réparation pécuniaire, La loi, disent-ils, ne distingue pas. Or, les *Pandectes belges,* résumant la doctrine et la jurisprudence, donnent cette définition : « Le dommage moral comprend : soit la déconsidération qui sera pour la personne attaquée le résultat de l'attaque, soit la douleur causée par la perte d'une personne chère, soit les souffrances physiques, le chagrin, les inquiétudes qui sont parfois la conséquence du fait dommageable » (5). Il faut donc entendre par préjudice moral tout préjudice qui n'atteint pas l'individu dans sa fortune ou dans son corps (6). Ce préjudice peut constituer un élément de délit ou de quasi-délit (7).

(1) Crim. cass., 13 mai 1893, D. P., 93. 1. 582.

(2) Pau, 15 mars 1892, S., 93. 2. 133, D. P., 93. 2. 164. — Besançon, 14 déc. 1904, *Gaz. Pal.,* 1905. 1. 24, *Loi,* 10 janv. 1905.

(3) Req., 9 janv. 1882, S., 84. 1. 271; 6 fév. 1894, précité.

(4) Req., 2 avril 1878, S., 80. 1. 119; 23 octobre 1894, S., 95. 1. 87. — V. aussi Civ. rej., 26 avril 1887, D. P., 87. 5. 388.

(5) *Rép.,* v° *Dommages-intérêts,* n. 298.

(6) Jean Bosc, *op. cit.,* p. 206.

(7) *Sic* Faustin-Hélie, *Tr. de l'instr. crim.,* I, n. 557; Le Sellyer, *Tr. de l'act. publ. et de l'act. civ.,* I, n. 263; Larombière, VII, p. 558, et p. 566-570 (art. 1382 et 1383, n. 27, al. 2, et n. 36 et 37); Sourdat, *op. cit.,* I, n. 33; Rauter, *Dr. crim.,* n. 133; Demolombe, XXXI, n. 672 et 675; Laurent, XX, n. 395 et 525; Huc, VIII, n. 420; Planiol, II, 1re édit., n. 906, 2e, 3e et 4e édit., n. 868; Chausse, *De l'intérêt d'affection, Rev. crit. de législ. et de jurispr.,* XLIVe année, 1895, nouv. série, t. XXIV, p. 436 s.; Lacoste, note dans S., 97. 2. 26; Dorville, *De l'intérêt moral dans les obligations* (thèse, Paris, 1901), p. 67-80. — *Contra* Savigny, *Tr. de dr. rom.,* I, 330; Massin, *De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne*

La majorité des décisions judiciaires qui ont statué sur la question semblent — du moins si on les envisage dans leur texte plutôt que dans leur esprit — suivre cette opinion (1).

Les tribunaux décident notamment que les diffamations peuvent donner lieu à des réparations civiles (2).

Ils accueillent l'action en dommages-intérêts que le mari forme contre le complice de sa femme condamnée pour adultère (3), ou même contre l'individu qui a entretenu avec

pas faire (thèse, Paris, 1893). — D'après quelques auteurs, le dommage moral ne peut donner lieu à une réparation pécuniaire que s'il en résulte un préjudice économique. Meynial, *De la sanction des obligations de faire, Rev. prat.*, t. LVI, année 1884, p. 440 s. — V. aussi D., *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 278 s. — D'après Aubry et Rau, le dommage moral ne peut être réparé pécuniairement que s'il a pour cause un délit criminel, 4e édit., IV, p. 748. — Enfin d'autres auteurs n'admettent la réparation pécuniaire du préjudice moral que s'il provient d'atteintes à l'honneur, à la considération ou à la réputation. Trébutien, *Cours élément. de dr. crim.*, 2e édit., par Laisné Deshayes et Guillouard, II, n. 145; Mangin, *Traité de l'act. publ. et de l'act. civ.*, 3e édit., par A. Sorel, I, n. 145; Laborde, *Examen doctrinal, Rev. crit. de législ. et de jur.*, XLIIIe année, 1894, t. XXIII, p. 26. — V. aussi Stammler, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1897. — On trouvera l'exposé et la critique de ces divers systèmes dans la thèse précitée de M. Dorville, p. 45 à 67.

(1) Crim. cass., 18 mars 1853, D. P., 53. 5. 167. — Req., 22 décembre 1897, D. P., 99. 1. 85. — Trib. civ. Auxerre, 22 nov. 1899, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e part., 1. 344. — Lyon, 16 fév. 1900, *Mon. jud. Lyon*, 28 mai 1900. — Trib. com. Saint-Etienne, 26 avril 1901, S., 1904. 2. 116. — Paris, 21 oct. 1902, D. P., 1903. 2. 121. — Lyon, 28 juillet 1903, *Mon. jud. Lyon*, 19 déc. 1903. — Rennes, 13 déc. 1904 (sol. impl.), D. P., 1905. 2. 430. — Trib. civ. Toulouse, 31 janv. 1907, *Gaz. Midi*, 28 avril 1907. — V. aussi les arrêts cités aux quatre notes suivantes.

(2) Trib. civ. Le Mans, 20 mars 1907, D. P., 1907. 5. 21, *Gaz. Trib.*, 1907, 1er sem., 2. 376, *Loi*, 25 avril 1907, *Mon. jud. Lyon*, 29 avril 1907. — Cpr. Trib. civ. Blois, 26 nov. 1902, D. P., 1903. 5. 648, n. 14. — Le fait de distribuer à domicile le prospectus d'une œuvre immorale, antipatriotique et antisociale, notamment d'une ligue néo-malthusienne, constitue à la fois une injure faite au destinataire, qu'on suppose capable de s'associer à une pareille œuvre, et un péril pour sa famille qui est exposée, en lisant ce prospectus, à connaître des pratiques anticonceptionnelles. Le préjudice moral résultant de ce fait suffit à justifier une demande en dommages-intérêts. Trib. civ. Lille, 6 juin 1907, *Gaz. Pal.*, 1907. 2. 68, D. P., 1907. 2. 191.

(3) Aix, 27 janv. 1829, S. chr., IX. 2. 196. — Crim. rej., 5 juin 1829, S. chr., IX. I. 305. — Poitiers, 4 février 1837, S., 37. 2. 374. — Orléans, 15 juillet 1837, *ibid.* — Crim. rej., 22 sept. 1837, S., 38. 1. 331. — V. dans le même sens Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Adultère*, § 10; Valimesnil, *Encycl. du dr.*, v° *Adultère*, n. 57; Faustin-Hélie et Chauveau, *Th. C. pén.*, 4e édit., VI, p. 270, et IV, n. 1495; Demolombe, XXXI, n. 515; Sourdat, *op. cit.*, I, n. 34. — Mais en sens contraire Bedel, *Tr. de l'adult.*, p. 106; Carnot, *C. pén.*, II, p. 182.

la femme des relations scandaleuses, bien que le délit d'adultère ne soit pas légalement établi (1), ou enfin contre la femme elle-même, lorsque la séparation de corps ou le divorce est prononcé contre elle (2).

Ils ont souvent, à la suite d'accidents divers, alloué des indemnités aux proches parents des victimes, en visant le préjudice moral (3).

(1) Besançon, 14 mars 1850, S., 51. 2. 171, D. P., 52. 2. 150.

(2) *Sic* Trib. civ. Besançon, 1er fév. 1866, D. P., 66. 2. 136. — Rennes, 22 fév. 1869, joint à Civ. rej., 5 fév. 1873, D. P., 73. 1. 209. — Trib. civ. Bordeaux, 9 juillet 1906, *Journ. des arr. de Bordeaux,* 1907. 2. 13; 5 nov. 1906, *Gaz. Pal.,* 1907. 1. 130. — V. dans le même sens Faustin-Hélie et Chauveau, *op. cit.,* IV, n. 1495. — V. aussi Toulouse, 29 juin 1864, D. P., 64. 2. 174. — *Contra* Chambéry, 4 mai 1872, S., 73. 2. 217.

(3) *Sic* Trib. civ. de Marseille, 10 janv. 1871, et, sur appel, Aix, 6 mai 1872, D. P., 73. 2. 57. — Angers, 12 juillet 1872, D. P., 72. 5. 386. — Bordeaux, 30 nov. 1881, S., 82. 2. 183, D. *Suppl. au Rép. alph.,* v° *Responsabilité,* n. 278-3°. — Alger, 23 mai 1892, S., 94. 2. 62, D. P., 94. 2. 47. — Besançon, 6 juill. 1892, S., 94. 2. 61. — Trib. civ. Lyon, 3 août 1892, *Jurispr. C. de Lyon,* 1892, p. 251. — Trib. civ. Seine, 13 avril 1893, *Gaz. Pal.,* 93. 2. 272. — Paris, 8 fév. 1896, S., 99. 2. 215, D. P., 96. 2. 457. — Nancy, 11 mars 1896, S., 96. 2. 235. — Dijon, 12 mai 1897, S., 97. 2. 243, D. P., 97. 2. 414. — Nîmes, 11 nov. 1897, S., 98. 2. 176. — Lyon, 29 déc. 1899, *Mon. jud. Lyon,* 1er juin 1900. — Alger, 22 juin 1900, D. P., 1901. 2. 401. — Lyon, 23 fév. 1901, *Mon. jud. Lyon,* 26 juill. 1901. — Trib. civ. Seine, 1er mai 1901, D. P., 1903. 2. 415. — Trib. civ. Toulouse, 17 avril 1902, S., 1905. 2. 81 (note Lacoste). — Lyon, 28 juill. 1903, *Mon. jud. Lyon,* 19 déc. 1903. — Bordeaux, 2 nov. 1903, *Journ. des arr. de Bordeaux,* 1904. 1. 77. — Trib. civ. Périgueux, 26 nov. 1903, *Droit,* 8 déc. 1903. — Trib. civ. Alger, 22 fév. 1904, *Droit,* 29 juill. 1904. — Bordeaux, 26 juin 1905, D. P., 1906. 5. 56. — Trib. corr. Seine, 26 oct. 1905, *Gaz. Trib.,* 27 oct. 1907. — Douai, 26 mars 1906, *Gaz. Pal.,* 1906. 2. 52. — Trib. civ. Nantes, 31 mai 1906, *Gaz. Pal.,* 1906. 2. 180. — Bordeaux, 6 fév. 1908, *Journ. des arr. de Bordeaux,* 1908. 1. 230. — *Adde* C. supér. de justice du Luxembourg (appel), 8 mai 1896, S., 97. 4. 24. — Cass. Belgique, 17 mars 1881, S., 82. 4. 9, D., *Suppl. au Rép. alph.,* v° *Responsabilité,* n. 278-4°. — Bruxelles, 13 janv. 1890, S., 90. 4. 23; 14 déc 1893, *Pasic.,* 94. 2. 116; 28 nov. 1894, *Pasic.,* 95. 2. 285. — Cpr. Trib. civ. Pau, 10 déc. 1904, *Loi,* 29 déc. 1904, *Mon. jud. Lyon,* 4 janv. 1905. — *Contra* Rouen, 24 fév. 1894, S., 97. 2. 25. — Douai, 23 janv. 1899, S., 99. 2. 296. — Trib. com. Seine, 5 nov. 1900, *Le Droit,* 4 janv. 1901. — Trib. civ. Limoges, 18 mars 1904, *Gaz. Pal.,* 1904, 2. 314, *Mon. jud. Lyon,* 3 oct. 1904. — Trib. com. Seine, 16 août 1905, *Gaz. Pal.,* 1905. 2. 371, *Loi,* 25 octobre 1905. — Bordeaux, 18 avril 1907, *Journ. des arr. de Bordeaux,* 1907. 1. 241. Cpr. Douai, 7 juill. 1892, S. 94. 2. 20; 28 déc. 1892, S., 94. 2. 22. — Trib. civ. Seine, 23 nov. 1904, *Gaz. Trib.,* 1905, 1er semestre, 2. 355, *Le Droit,* 12 mars 1905. — Trib. civ. Valenciennes, 4 janv. 1906, *Gaz. Pal.,* 1906, 1. 415, même recueil, 1906. 2. 52, *Mon. jud. Lyon,* 11 avril 1906.

On cite également plusieurs décisions dans d'autres ordres d'idées [1].

Trois objections sont dirigées contre le système de la réparation pécuniaire du préjudice moral :

1° Le rôle des dommages-intérêts ne peut être que de rétablir dans le patrimoine de celui qui les obtient une valeur dont ce patrimoine a été injustement diminué. Or, dans notre hypothèse, on n'a pas à poursuivre ce résultat, puisque le patrimoine de la partie lésée n'a pas subi de diminution [2];

2° Il est scandaleux qu'on puisse discuter en justice l'honneur, les affections les plus sacrées, les douleurs les plus respectables. Et cependant cette discussion doit être permise si l'on admet la réparation pécuniaire du préjudice moral;

3° Il est impossible que l'appréciation de ce dommage ne soit pas absolument arbitraire.

On répond :

1° Que les termes de l'art. 1382 sont assez larges pour comprendre le préjudice moral : « Tout fait... qui cause un *dommage...* » Donc un dommage quelconque, sans qu'il y ait à distinguer entre le dommage moral et le dommage matériel;

2° Que si la réparation pécuniaire du préjudice moral est nécessairement imparfaite, non adéquate, elle vaut mieux cependant que l'absence de toute réparation;

3° Que, dans toute décision de justice, il y a plus ou moins d'arbitraire, et que, suivant une formule qui se trouve dans un jugement du tribunal civil de Montpellier, du 21 novem- 1877, « la difficulté d'appréciation d'un dommage réel ou moral ne saurait influer sur la recevabilité de la plainte, une question de chiffre ne pouvant créer une difficulté de principe » [3].

Cette réponse est-elle satisfaisante?

(1) V. par exemple Nancy, 25 janv. 1873, D., P., 73. 2. 11. — Trib. civ. Châteaubriant, 13 janv. 1888, D. P., 90. 3. 23. — Crim. cass., 27 déc. 1895, D. P., 96. 1. 366. — Trib. com. Saint-Etienne, 26 avril 1901, S., 1904. 2. 116. — Paris, 21 oct. 1902, D. P., 1903. 2. 121. — Trib. civ. Nevers, 11 juill. 1904, D. P., 1906 2. 34.

(2) Pour cet argument, voir surtout Meynial, *op. cit., Rev. prat.*, LVI, année, 1884, p. 440 s.

(3) V. Bosc, *op. cit.*, p. 209-215, 222-226; Dorville, *op. cit.*, p. 67-80.

Dans beaucoup de décisions judiciaires, il est vrai, il y a une certaine part d'arbitraire, dont il ne faut pas d'ailleurs exagérer l'importance. Mais pouvons-nous en conclure qu'il convient de donner à l'arbitraire l'occasion de s'exercer dans une matière où, par la force même des choses, il serait absolu, puisque les juges seraient dans la nécessité d'évaluer en argent ce qui n'est pas susceptible d'une évaluation de cette nature?

A l'appui de cette proposition que l'art. 1382 vise aussi bien le préjudice moral que le préjudice matériel, on cite ces paroles du tribun Tarrible, dans son discours devant le Corps législatif : « Cette disposition (celle de l'art. 1382) embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages, et les assujettit à une réparation uniforme *qui a pour mesure la valeur du préjudice* souffert ». Mais l'expression de *valeur* n'est-elle pas favorable à l'opinion contraire? Au cas d'atteinte portée à une vive affection, de douleur causée par la mort d'une personne chère, peut-il être question de déterminer la « mesure de la *valeur* du préjudice? » Il n'y aurait pas là simplement une difficulté, mais une véritable impossibilité. Ou plutôt ce serait un non sens que de rechercher « la mesure de la valeur du préjudice » causé par une forte douleur, par un deuil cruel (1). L'esprit de la loi est donc contraire au système de la réparation pécuniaire du préjudice moral.

Au surplus, les partisans de ce système reculent devant ses conséquences. Cela suffit pour nous mettre en garde contre lui : « Il est une objection *très sérieuse* et spéciale à l'intérêt d'affection, reconnaît M. Dorville. Quel degré de parenté, dira-t-on, considérez-vous comme limite des légitimes affections? Admettra-t-on la réparation pécuniaire d'un préjudice d'affection quelconque, pourvu qu'il soit né d'un rapport de parenté, d'alliance ou d'amitié? Mais alors où s'ar-

(1) Aussi les adversaires eux-mêmes reconnaissent-ils qu'ici l'argent ne peut procurer qu'une *atténuation* et non une *réparation*. — Dorville, *op. cit.*, p. 70 *in fine*, 71 et 72. — V. dans le même sens, Amiens, 26 décembre 1903, *Rec. Amiens*, 1904. 52. — V. aussi Bordeaux, 30 nov. 1881, et Alger, 23 mai 1892, précités.

rêter dans cette voie et comment échapper aux abus? Limitera-t-on, au contraire, à certains rapports de parenté déterminés, la réparation pécuniaire du préjudice d'affection? Et alors, dans cette fixation, comment échapper au reproche d'arbitraire »? Nous n'hésitons pas à répondre qu'il est impossible d'y échapper! M. Dorville ajoute : « Aucun système bien net ne se dégage encore de la jurisprudence. La décision qui nous fournit sur ce point les données les plus précises est un arrêt de la cour de Nîmes, du 11 novembre 1897, qui décide que la réparation pécuniaire du préjudice d'affection ne peut être réclamée que « *par ceux des parents que des liens étroits du sang unissent à la victime* » (1). Cette formule exclut les rapports d'alliance et de simple amitié. Elle exige en outre des rapports de parenté *étroits*. Mais elle ne fixe point le degré auquel les liens de parenté cessent d'être étroits ». Nous demandons en vertu de quel pouvoir un tribunal fixerait ce degré. Celui qui formulerait cette précision ferait la loi! M. Dorville propose qu'on s'inspire de la loi de 1895 sur les indemnités à accorder aux victimes d'erreurs judiciaires. Or cette loi limite au conjoint, aux ascendants ou aux descendants le droit de réclamer la réparation pécuniaire du préjudice moral causé par une condamnation erronée (2). N'est-ce pas recourir à l'arbitraire doctrinal pour conjurer l'arbitraire judiciaire? Si l'art. 1382 autorise en termes généraux la réparation pécuniaire du préjudice moral, pourquoi ne pas admettre cette réparation dans tous les cas? Si on la repousse dans certains cas, ne compromet-on pas le système tout entier? On lit dans un jugement du tribunal civil de Baume-les-Dames, du 29 avril 1880 : « *Que l'action ne trouverait pas de fondement suffisant dans la seule affection des demandeurs pour le défunt*, puisque autrement on devrait admettre toute personne à réclamer, *sous prétexte d'amitié* pour le défunt, des dommages-intérêts à raison de la mort d'une personne victime d'un crime ou d'une imprudence, ce qui serait une extension *évidemment absurde* de la responsa-

(1) S., 98, 2. 176.
(2) Dorville, *op. cit.*, p. 109 *in medio*, et p 110.

bilité de l'auteur de la mort » (1). Non, certainement, toute personne ne doit pas pouvoir demander une indemnité *sous prétexte* d'amitié pour le défunt! Mais, logiquement, si l'art. 1382 s'applique au dommage moral, toute personne qui justifie que, par suite de son *amitié* pour la victime d'un accident, la mort de celle-ci lui a causé un préjudice de cette nature, doit obtenir des dommages-intérêts. Se refuser à aller jusque-là, c'est condamner le système de la réparation du préjudice moral, puisqu'on rejette ses conséquences nécessaires.

2871 I. Au surplus, si l'on examine les décisions judiciaires qui sont citées comme posant en principe la possibilité de la réparation pécuniaire de ce dommage, on doit, selon nous, reconnaître qu'elles n'ont point une pareille portée. En réalité, dans presque toutes ces décisions, le préjudice dont nous parlons n'est envisagé qu'au point de vue de ses conséquences matérielles ou — pour emprunter une excellente formule au *Supplément du Répertoire* de Dalloz — le dommage moral se trouve réduit « à un véritable dommage matériel ayant une cause morale » (2).

Prenons, par exemple, le jugement du tribunal civil de

(1) D. P., 81. 2. 66.

(2) V. *Responsabilité*, n. 280. — Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 13 janvier 1890, montre bien comment la jurisprudence entend le préjudice moral. On lit dans cette décision : « Attendu qu'il est incontestable que, par suite de la privation de l'assistance de son épouse (morte dans un accident de chemin de fer), l'intimé a dû, pour l'exercice de son commerce, prendre à son service divers employés dont la rémunération et l'entretien entraînent pour lui des frais importants; qu'en dehors de ces dépenses, il faut tenir compte du préjudice moral résultant, non point uniquement, ainsi qu'il est allégué, de la douleur éprouvée par l'intimé, frappé dans ses affections les plus chères, mais *encore et principalement* de ce qu'il lui sera impossible dans l'avenir de trouver dans le personnel qu'il emploiera le concours d'aptitudes, de qualités personnelles, de dévouement et de sécurité, que lui apportait son épouse, *et grâce auquel son commerce avait atteint, en quelques années, un grand degré de prospérité;* qu'il est également incontestable que l'affliction éprouvée par l'intimé à la suite de la terrible mort de son épouse et de son enfant a dû *nuire à son travail et jeter un certain trouble dans ses affaires;* — Attendu que, *dans ces circonstances, le préjudice moral se lie intimement au préjudice matériel, ne fait qu'un avec celui-ci, est, par suite, appréciable et susceptible de réparation pécuniaire* », S., 90. 4. 23. — M. Lacoste, il est vrai, met cette décision au nombre de celles qui sont contraires à sa thèse (S., 97. 2. 26), mais M. Dorville estime qu'il a tort, *op. cit.*, p. 107.

Marseille, du 10 janvier 1871, interprété par M. Dorville dans le sens de son opinion : « Attendu — porte ce jugement — que le tribunal... doit tenir compte, non seulement de la perte matérielle occasionnée à la veuve et aux quatre enfants du sieur Ollivier, enlevé à sa famille à l'âge de cinquante-sept ans par une catastrophe aussi soudaine que terrible, mais encore du préjudice moral qui en est résulté, soit sous le rapport de la direction et de l'influence salutaire du père de famille dont les demandeurs sont privés et enfin sous celui des liens d'affection à jamais brisés et de la douleur de perdre un père et un époux dans des conditions aussi déchirantes ; — Attendu, néanmoins, que *les dommages-intérêts ne peuvent être élevés à un chiffre hors de proportion avec la perte réelle et appréciable à prix d'argent* que les demandeurs ont éprouvée » (1). Comment concilier cette restriction avec la réparation pécuniaire du préjudice moral?

L'arrêt de la cour de Bruxelles, du 8 janvier 1880, se place manifestement au même point de vue : « Attendu que le préjudice moral doit, comme le préjudice matériel, donner lieu à une indemnité, *alors surtout qu'il est susceptible d'une évaluation en argent, comme dans l'espèce,* ou Zoé Hardy rendait à sa famille des *services* dont la privation constitue une perte pour les membres de cette même famille ». Sur le pourvoi formé contre cette décision, la cour de cassation de Belgique, dans un arrêt du 17 mars 1881, s'exprime ainsi : « Considérant, en fait, que l'arrêt dénoncé déclare que, par la faute ou par la négligence des préposés du chemin de fer de l'Etat belge, celui-ci a causé un dommage réel aux défendeurs ; *qu'il déclare, en outre, que, dans l'espèce, ce dommage moral est susceptible d'une évaluation pécuniaire* et qu'il fixe, par suite, le montant de la réparation due aux défendeurs ; que, dès lors, l'arrêt ne contrevient pas aux art. 1382 et suiv. C. civ. » (2).

(1) D. P., 73. 2. 57.

(2) S., 82. 4. 9. — La cour de Lyon, dans un arrêt du 28 juillet 1903, dit que la réparation due à la victime d'un accident résultant d'une faute comprend non seulement le dommage matériel, mais le préjudice souffert dans les *intérêts moraux, susceptibles d'évaluation pécuniaire. Mon. jud. Lyon,* 19 déc. 1903.

Qu'on passe en revue les espèces où les juges ont accordé une indemnité en visant un dommage moral, et l'on constatera que, presque toujours, celui-ci avait ou devait avoir un contre-coup d'ordre matériel, tel que l'altération de la santé du demandeur par l'effet d'un grand chagrin, la diminution de ses forces, celle de son aptitude au travail et, par conséquent aussi, de son gain, le trouble dans ses affaires (1), la privation d'un appui et d'une direction par suite de la mort d'un père (2), les conséquences pécuniaires de l'atteinte portée au crédit d'un commerçant.

Ce qui prouve bien, d'ailleurs, qu'en réalité les juges n'ont point l'intention de réparer le préjudice moral considéré en lui-même, c'est le chiffre des dommages-intérêts alloués par eux. Spécialement, dans le cas où il s'agit de la mort d'un proche parent causée par un accident, ce chiffre serait absolument dérisoire, si l'indemnité représentait vraiment l'intérêt d'affection. Citons quelques espèces. Dans son arrêt du 30 novembre 1881 — constamment invoqué en faveur de l'opinion que nous combattons — la cour de Bordeaux statue sur une demande d'indemnité formée par un père et une mère dont la fille, âgée de cinq ans, était morte des suites d'un accident. Elle accorde une somme totale de 1.200 francs; or, elle reconnaît que les documents produits permettent d'évaluer à 500 francs *au moins* les dépenses nécessitées *par la maladie et les frais funéraires* de la victime. Ajoutons que, dans l'espèce, le préjudice moral, tel que les juges l'avaient envisagé, consistait dans le coup porté à l'affection du père et de la mère « par la perte d'un enfant *en qui ils pouvaient légitimement entrevoir un soutien pour l'avenir* » (3). En définitive, peut-on dire que, dans cet arrêt, le dommage moral soit véritablement entré en ligne de compte pour la fixation de l'indemnité?

L'arrêt de la cour de Paris, du 8 février 1896, alloue à une veuve la somme de 1.500 fr. : « En droit, comme en fait, dit

(1) V. Bruxelles, 13 janv. 1890, S., 90. 4. 23.

(2) V. Cour supér. de just. du Luxembourg (appel), 8 mai 1896, S., 97. 4. 24. — *Adde* Trib. civ. Marseille, 10 janv. 1871, précité.

(3) S., 82. 2. 183.

la cour, on ne saurait admettre qu'une femme privée de son mari par suite d'un accident qui a entraîné la mort de celui-ci et engageant la responsabilité d'un tiers, ne subit pas, par cette privation même, un dommage, *ne fût-il que moral,* dont il est dû réparation » (1). C'est seulement de cette façon incidente que la cour effleure la question du préjudice moral!

Quant à l'arrêt de la cour de Nîmes, du 11 novembre 1897, il met en pleine lumière l'exactitude de notre proposition : un employé de la compagnie du chemin de fer du Midi avait été victime d'un accident qui avait occasionné sa mort. Sa mère réclamait des dommages-intérêts comme ayant subi à la fois un préjudice matériel et un préjudice moral. Elle faisait valoir notamment qu'au moment de l'accident, elle se trouvait *dans les conditions voulues pour demander des aliments à son fils* et que ce dernier se procurait par son travail des ressources *plus que suffisantes pour son entretien.* La cour, tout en admettant l'existence tant du préjudice moral que du préjudice matériel, ne condamna la compagnie du Midi à payer à la mère qu'une rente annuelle et viagère de 100 fr. (2). Cette allocation n'est-elle pas minime? On ne peut certainement pas dire qu'elle fût destinée à réparer ou même simplement à *atténuer* le préjudice moral, car la valeur des aliments que le fils aurait été tenu de fournir à sa mère, s'il avait vécu, n'aurait guère pu être inférieure à ce chiffre.

Nous tenons à citer également l'arrêt de la cour de Dijon du 12 mai 1897 : un ouvrier périt dans un accident imputable à l'imprudence de son patron. La mère et la sœur de la victime réclament une indemnité. Le tribunal déclare la demande de la sœur non recevable, et il se fonde sur ce qu'il n'existe entre frère et sœur aucune obligation réciproque de se fournir des secours et des aliments. La cour réforme cette décision. Elle pose en principe que « toute personne qui a éprouvé un

(1) S., 99. 2. 215. — Cpr. Cour sup. de just. du Luxembourg (appel), 8 mai 1896, précité. Cet arrêt accorde à la veuve de la victime 3.000 fr. et à chacun des trois enfants 1.000 fr. Or, outre le prétendu préjudice moral, la cour reconnaissait l'existence d'un grave préjudice matériel consistant « dans la privation pour la famille des *ressources* que lui procurait son chef! »

(2) S., 98. 2. 176.

préjudice *moral ou matériel* par suite du décès de la victime d'un attentat ou de l'imprudence d'autrui, est recevable à en demander la réparation ; qu'il importe peu qu'elle soit héritière ou non du défunt, ou que celui-ci eût été, le cas échéant, astreint ou non à lui fournir des aliments ». Elle dit ensuite « qu'il ressort des principes prérappelés qu'elle (la sœur) était parfaitement en droit de réclamer, concurremment avec sa mère, des dommages-intérêts... ; que si la mort de son frère ne lui cause pas un préjudice aussi grave qu'à sa mère, elle n'en a pas moins été atteinte *moralement et matériellement ;* qu'elle vivait avec son frère et sa mère sous le même toit, et que *tous deux employaient la majeure partie de leurs salaires aux besoins de la vie commune ;* que *désormais, privée de l'aide de son frère, elle sera seule à soutenir sa mère ;* qu'il y a donc lieu de tenir compte des *charges nouvelles* qui lui incombent par suite de l'accident... ». Et après avoir ainsi déterminé le dommage, la cour alloue à l'appelante une indemnité de 500 fr. (1) ! Etant donné que, dans l'espèce, les juges ont visé à la fois le préjudice matériel et le préjudice moral, quelle serait, dans une indemnité aussi peu importante, la part applicable au second de ces préjudices ?

Le tribunal civil de Nantes, par un jugement du 31 mai 1906, accorde à un fils dont la mère avait péri dans un accident de tramway, une indemnité beaucoup plus forte, comme réparation du préjudice *matériel et moral.* Il condamne la Compagnie des tramways de Nantes à payer au demandeur la somme de 10.000 francs. Les motifs de sa décision valent d'être remarqués : « Attendu que le préjudice moral, aussi bien que le dommage matériel, donne, en droit, ouverture à la réparation pécuniaire (Larombière, Laurent, Demolombe, Aubry et Rau, Fuzier-Herman) ; — Attendu que M. Bigot a été atteint dans son affection filiale ; *que la douleur qu'il éprouve du fait de la mort tragique de sa mère, qu'il n'avait jamais quittée, lui crée un droit incontestable à une* LARGE *indemnité, bien que l'évaluation en soit difficile* ». Le principe que nous contestons est donc très nettement posé. Et

(1) S., 97. 2. 243.

cependant, ici encore, si l'on tient compte de l'importance du dommage matériel, on est obligé de reconnaître qu'il suffit amplement pour justifier la totalité de l'indemnité allouée. Le tribunal civil de Nantes ajoute, en effet : « Attendu qu'à côté du préjudice moral, la mort de Mme Bigot a causé à M. Bigot fils un préjudice matériel certain, occasionné par *les frais funéraires, des dépenses de deuil pour lui, sa femme et son enfant et le paiement anticipé de droits de mutation ;* — Attendu qu'*il se trouve privé des avantages résultant, pour sa famille et pour lui-même, de la nourriture et du logement qu'il trouvait chez sa mère, moyennant une somme très minime ; — Attendu qu'il ne bénéficiera plus partiellement de la pension dont Mme Bigot était titulaire* » (1).

Alors même qu'on n'aurait pas eu à défalquer du montant de l'indemnité une somme représentant les frais funéraires, les dépenses de deuil et les droits de mutation, cette indemnité, eût-elle été placée à 4 0/0, n'aurait rapporté qu'un revenu annuel de 400 francs. Si l'on songe que ce revenu devait d'abord indemniser le demandeur de la perte du grand avantage qu'il y avait, pour lui *et pour sa famille,* à être logés et nourris presque gratuitement, on se demande ce qu'il peut rester comme représentation du préjudice moral.

Voilà tout ce que le tribunal de Nantes a pu faire pour M. Bigot fils, après avoir déclaré que la douleur qui lui avait été causée par la mort de sa mère lui donnait un droit incontestable à une LARGE indemnité !

Dans son jugement du 13 août 1893, le tribunal civil de la Seine, il est vrai, semble allouer des dommages-intérêts pour un préjudice moral en l'absence de tout préjudice matériel ; mais nous n'hésitons pas à dire qu'on peut facilement déduire des termes de ce jugement la réfutation du système qu'il semble d'abord approuver : « Attendu, — dit le tribunal, que, si la dame Henry Joseph *n'a subi aucun préjudice matériel,* il n'est pas douteux que la mort *de sa mère et de son frère* lui a causé un préjudice moral dont il est dû réparation ; que cette réparation ne doit être toutefois *que la juste compensation*

(1) *Gaz. Pal.*, 1906. 2. 180.

de sa douleur, et non la source pour elle d'un bénéfice inespéré; que sa demande est sensiblement exagérée [1], et qu'eu égard aux circonstances de la cause, le tribunal a les éléments pour fixer à 3.000 fr. l'indemnité qui lui est due » [2]. Ainsi, à s'en tenir aux termes de cette décision, la somme de 3.000 fr. représente la « *juste* compensation de la douleur » causée par la mort d'une mère *et* d'un frère. Le tribunal civil de la Seine n'a certainement pas entendu que sa façon de parler fût prise à la lettre. Il ne peut pas ne pas avoir pensé qu'une somme supérieure, et même très supérieure, n'indemniserait point la personne frappée de ce double malheur. Et cependant il déclare ensuite que, s'il accordait davantage, l'allocation serait pour la demanderesse « la source d'un *bénéfice* inespéré », en d'autres termes, d'un *enrichissement*. C'est qu'en effet, les dommages-intérêts qui auraient été alloués en sus des 3.000 francs — bien que ne cessant pas d'être en rapport avec l'importance de la douleur — n'auraient pas eu pour objet de rétablir une valeur dans le patrimoine de la demanderesse. Mais n'en est-il pas de même des dommages-intérêts limités au chiffre de 3.000 fr.? N'en serait-il pas de même d'une indemnité quelconque [3]?

Le jugement du tribunal civil de Nantes, du 31 mai 1906, et celui du tribunal de la Seine, du 13 août 1893, que nous venons d'analyser l'un et l'autre, présentent un trait commun, qu'il nous faut relever. Ils affirment que l'allocation d'une somme peu importante constituera une réparation complète du préjudice moral. Ce sera, d'après le premier, une « *large* indemnité », et, d'après le second, une « *juste* compensation ». Si elle était plus forte, l'allocation devien-

[1] La demanderesse réclamait une somme de 80.000 francs à titre de dommages-intérêts.

[2] *Gaz. Pal.*, 93. 2. 272.

[3] L'arrêt de la cour d'Alger, du 23 mai 1892, est peut-être, de toutes les décisions qu'on invoque, celle qui pose le plus nettement la thèse de la réparation pécuniaire du préjudice moral. Et cependant, l'indemnité qu'il accorde à une femme, à raison de la mort de son fils, qui avait péri par la faute d'une compagnie de chemin de fer dont il était l'employé, n'est que de 3.000 fr. Or, cet arrêt constate que le fils aurait pu, s'il avait vécu, accroître d'année en année, ses ressources, de manière à pouvoir « *venir efficacement en aide à sa vieille mère* ». S., 94. 2. 62.

drait « la source d'un bénéfice ». La cour de Bordeaux, dans une décision du 6 février 1908, tout en accordant des dommages-intérêts à raison d'un préjudice moral et matériel, exprime l'idée opposée. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une demande d'indemnité formée par un père et une mère à raison du meurtre commis sur la personne de leur fils, âgé de quinze ans, par un autre adolescent. L'action était dirigée contre la mère du meurtrier, prise tant comme tutrice de son fils mineur que comme civilement responsable des actes de ce dernier. On lit dans l'arrêt : « Attendu que la somme de 1.500 francs allouée par les premiers juges est, de toute évidence, insuffisante; — *Attendu qu'une somme d'argent,* QUELQUE ÉLEVÉE QU'ELLE SOIT, ne peut réparer le *préjudice causé aux appelants;* — Attendu, toutefois, qu'ayant égard à la circonstance que la dame B... (l'intimée), était absente au moment du crime, qu'on n'a relevé contre elle aucun fait particulier d'imprudence vis-à-vis de son fils mineur et que sa responsabilité découle de la loi, la Cour estime qu'elle ne doit pas élever à une somme supérieure à 6.000 francs la réparation due aux époux C... » (1).

Il est certes permis de ne pas considérer ce raisonnement comme satisfaisant. Après avoir dit qu' « une somme d'argent, *quelque élevée qu'elle soit,* ne peut réparer le préjudice causé aux appelants », la cour fait-elle preuve de logique en refusant de dépasser le chiffre de 6.000 fr.? C'est d'autant plus étrange que l'intimée était condamnée non seulement comme civilement responsable, mais encore en qualité de tutrice de son fils mineur, et qu'à ce dernier point de vue les circonstances relevées par la cour étaient sans valeur aucune.

Nous terminerons cette revue de la jurisprudence en parlant de deux jugements qui marquent une tendance nouvelle et qui sont, en conséquence, particulièrement intéressants. Mieux encore que toutes les décisions déjà citées par nous, ils montrent à quel obstacle insurmontable se heurte la jurisprudence. L'un a été rendu par le tribunal de la Seine le 23 nonovembre 1904; l'autre, par le tribunal de Valenciennes le

(1) *Journ. des arr. de Bordeaux,* 1908. 1. 230.

4 janvier 1906. Le premier s'exprime ainsi : « Attendu que si les demandeurs (le fils et la fille de la victime, morte des suites d'un accident) ont subi un préjudice moral dans le fait d'avoir été atteints dans leurs affections, *ce préjudice ne saurait, indépendamment d'un préjudice matériel, se prêter,* en l'espèce, *à une évaluation en argent ;* qu'*il suffit donc*, POUR LE PRINCIPE *et afin de justifier la condamnation aux dépens, de condamner le défendeur à un franc de dommages-intérêts* envers l'un et l'autre des demandeurs » (1).

Cette solution se retrouve dans le jugement du tribunal de Valenciennes, du 4 janvier 1906 (La citation sera longue. Cependant, à raison de sa très grande importance, nous n'hésitons pas à la faire) : « En ce qui concerne le préjudice pécuniaire prétendu : — Attendu que le jeune âge de la victime (une enfant de seize mois, morte des suites de blessures qui lui avaient été faites par des chevaux et une voiture appartenant au défendeur) permet de repousser la demande de D... sans examen (D... était le père) ; — En ce qui concerne le préjudice moral : — Attendu que si la doctrine et la jurisprudence sont divisées sur le point en discussion, et si chacun des deux systèmes proposés peut être appuyé sur des arguments d'une valeur incontestable ; que si aucun motif d'ordre purement juridique ne permet de rejeter *a priori* une pareille demande à raison de sa seule nature, le tribunal croit devoir adopter jusqu'à un certain point l'opinion qui la repousse, et ce, tout en s'appropriant les motifs précédemment invoqués dans ce sens, par d'autres considérations encore ; — Attendu qu'en effet, pour déterminer avec précision le chiffre de l'indemnité à allouer en compensation du chagrin ressenti, il faudrait pouvoir rechercher quel degré d'affection le demandeur éprouvait pour la personne de la victime ; — Attendu qu'une pareille recherche, qui d'ailleurs échappe à toute méthode d'examen, est de nature si intime, si délicate et si subtile, qu'elle ne saurait être susceptible d'aucune exactitude, même approximative ; qu'en effet, la douleur éprouvée par le demandeur, en telle matière, est

(1) *Gaz. Trib.*, 1905, 1er semestre, 2. 355, *Droit*, 12 mars 1905.

d'ordre subjectif, essentiellement variable, suivant le tempérament particulier de chacun, et que les magistrats sont évidemment impuissants à mesurer son degré de sensibilité qui seul pourrait leur fournir les éléments d'une pareille estimation ; qu'à l'encontre de semblables actions, il y aurait lieu de craindre que le défendeur, dans le but de faire abaisser le chiffre de l'indemnité réclamée, ne discute la sensibilité affectée du demandeur et même, ce qui serait plus déplorable encore, ne cherche, au moyen d'insinuations ou de révélations fâcheuses, à diminuer l'appréciation de la douleur de celui-ci en s'attaquant à la personnalité morale du défunt, afin de démontrer que le chagrin résultant de la perte ne peut être très grand pour le survivant ; que de pareilles investigations, la dernière surtout, présenteraient un caractère tendancieux et parfois scandaleux, incompatible avec la dignité et la délicatesse qui doivent caractériser les débats en justice ; qu'enfin la mort d'une personne pouvant ne pas affecter son conjoint ou son plus proche parent, il n'existerait aucun motif péremptoire d'interdire à d'autres que ceux-ci l'exercice d'une pareille action et qu'on n'aperçoit pas dès lors quelle limitation pourrait être fixée en semblable matière ». La conclusion logique de ce raisonnement serait évidemment le refus de toute indemnité, mais, sous l'influence des précédents, le tribunal civil de Valenciennes a reculé devant cette solution et s'est approprié celle admise par le jugement précité du tribunal de la Seine, du 23 novembre 1904. Aussi poursuit-il en ces termes : « Que donc, si ces sortes de demandes sont recevables en principe, puisque le défendeur a commis une faute qui cause un préjudice à autrui, il n'est pas possible de supputer le chiffre d'indemnité à allouer au demandeur, sans toutefois que cette impossibilité puisse avoir pour conséquence de le faire déclarer irrecevable et, par suite, de faire supporter les dépens par la victime de cette faute ; qu'en conséquence, pour sauvegarder ce principe de recevabilité, *mais faute de pouvoir mesurer le préjudice moral réellement souffert, il convient d'accueillir* THÉORIQUEMENT *ces sortes de demandes, mais de n'allouer à celui qui les forme qu'un chiffre de dommages-intérêts* PUREMENT SYMBOLIQUE,

assurant en outre la condamnation aux dépens du défendeur, lequel, ayant commis un délit ou un quasi-délit, ne doit pas sortir du procès *complètement* indemne ». Puis le tribunal condamne le défendeur à payer au demandeur : « 1° 669 fr. 25 pour remboursement de ses dépenses et pour perte de salaire, avec intérêts judiciaires; 2° *un franc pour réparation du préjudice moral à lui causé;* — Le condamne en outre aux dépens » (1).

En définitive, le raisonnement du tribunal de Valenciennes revient à dire que la réparation du préjudice moral doit se borner à ne pas mettre à la charge de la partie lésée les frais de sa demande en dommages-intérêts. N'est-ce pas simplement déguiser le refus d'indemnité?

La cour de Douai, il est vrai, par son arrêt du 26 mars 1906, a fait droit en partie à l'appel interjeté contre cette décision par le père de la victime. Mais son arrêt n'est certainement pas de nature à renforcer la thèse que nous combattons. En voici toute la partie intéressante : « Au fond : attendu qu'en outre des 669 fr. 25, alloués à l'appelant pour remboursement de ses dépenses et perte de salaires, il est manifeste qu'il a été frappé dans ses affections *les plus chères;* que de pareils malheurs et de semblables douleurs sont la source d'un préjudice moral *dont l'appréciation en argent est* FACILE; — *attendu que cette réparation ne doit être toutefois que la juste compensation de la douleur;* — par ces motifs..., déclare recevable l'appel interjeté par D...; *élève à 100 francs, avec intérêts judiciaires,* les dommages-intérêts alloués en outre des 669 fr. 25, montant de ses dépenses » (2). Ainsi la cour de Douai garantit (« l'appréciation en argent est *facile* », dit-elle), que la somme de 100 francs, avec intérêts judiciaires, est la « juste compensation » de la douleur du père! Par quel procédé infiniment subtil, par quel prodige de sagacité a-t-elle pu faire la vérification dont elle proclame la *facilité?*

En résumé, l'adhésion de la jurisprudence à la théorie de

(1) Trib. civ. Valenciennes, 4 janv. 1906, *Gaz. Pal.*, 1906. 1. 415, et même recueil, 1906. 2. 52, *Mon. jud. Lyon*, 11 avril 1906.

(2) *Gaz. Pal.*, 1906. 2. 52.

la réparation pécuniaire du préjudice moral n'est qu'apparente. Les juges affirment assez souvent le principe, mais ils reconnaissent, au moins implicitement, qu'ils sont dans l'impossibilité de l'appliquer.

Ils se placent, d'ailleurs, à un point de vue que nous considérons comme exact et qu'ils auraient grand tort d'abandonner. Ils partent de cette idée que le dommage moral, du moins quand il atteint un certain degré, a toujours des conséquences matérielles qu'il est souvent difficile de préciser, mais dont l'existence n'est pas douteuse. En cela, ils ont certainement raison. Le discrédit et le découragement résultant de la diffamation ou la douleur causée par la mort accidentelle d'une personne qui nous est très chère ne peuvent manquer de réagir dans la sphère de notre intérêt pécuniaire.

Nous croyons aussi que, dans certaines décisions où les tribunaux visent à la fois le préjudice matériel et le préjudice moral, la considération de celui-ci est surabondante; qu'elle intervient à titre purement supplémentaire et que leur véritable pensée est la suivante : il y a d'autant plus lieu d'accorder la réparation du préjudice matériel, qu'il est accompagné d'un préjudice moral, qui, lui, est irréparable.

2872. Quelques législations étrangères ont expressément admis la réparation du préjudice moral résultant de faits illicites. Le Code fédéral des obligations dispose en ces termes : « Si quelqu'un a été lésé par d'autres actes illicites (que ceux visés par les art. 52 et 53) qui portent une grave atteinte à sa situation personnelle, le juge peut allouer une indemnité équitable, *alors même qu'aucun dommage matériel ne serait établi* » (1). Nous citerons aussi les art. 710 et 711 du Code civil japonais. Art. 710 : « Celui qui, en vertu des dispositions de l'article précédent, doit des dommages-intérêts, est tenu de réparer le dommage *même non pécuniaire* qu'il a causé, sans distinguer si la lésion a eu pour objet le corps, la liberté ou l'honneur d'une personne, ou si elle est portée

(1) V. sur la portée générale de ce texte, Virgile Rossel, *Man. du dr. fédér. des obligations*, n. 83, 1re édit., p. 101-104, 2e édit., p. 115-119.

à ses droits patrimoniaux ». Art. 711 : « Celui qui a porté atteinte à la vie d'autrui est tenu de dommages-intérêts envers le père, la mère, le conjoint et les enfants de la victime, alors même que ceux-ci n'auraient subi aucune lésion dans leurs droits patrimoniaux » (1).

Mais — en principe, du moins — le Code civil allemand exclut, en matière délictuelle aussi bien qu'en matière contractuelle, la réparation du préjudice moral (2).

2873. Il faut que le dommage dont on poursuit la réparation résulte de la faute dont on rapporte la preuve (3).

Ainsi, par exemple, le notaire qui omet de transmettre à un créancier qui avait fait élection de domicile en son étude, la sommation de produire dans l'ordre ouvert sur le prix des immeubles adjugés et affectés par privilège à la garantie de sa créance, n'engage nullement sa responsabilité envers l'adjudicataire obligé personnellement au paiement de cette

(1) Trad. Motono et Tomii, p. 168.

(2) Dorville, *op. cit.*, p. 276-277, 285-297. — V. pour les exceptions établies par le même code en matière délictuelle, p. 320-312.

(3) Laurent, XX, n. 391; Huc, VIII, n. 406, dern. al., p. 539. — Civ. cass., 19 août 1874, S., 75. 1. 24, D. P., 76. 4. 388, n. 22. — Rouen, 24 déc. 1878, D. P., 79. 2. 175. — Req., 19 janv. 1881, D. P., 81. 1. 245; 5 fév. 1884, D. P., 84. 1. 567. — Civ. cass., 13 avril 1886, S., 89. 1. 312; 26 nov. 1890, D. P., 91. 1. 18. — Req., 7 mars 1892, S., 92. 1. 171, D. P., 92. 1. 502. — Civ. cass., 6 fév. 1894, D. P., 94. 1. 192. — Alger, 28 juin 1894, D. P., 96. 2. 61. — Req., 27 mai 1895, S., 95. 1. 460, D. P., 96. 1. 213. — Civ. rej., 13 mars 1900, S., 1903. 1. 26, D. P., 1900. 1. 588; 10 déc. 1900, S., 1901. 1. 141, D. P., 1901. 1. 360. — Lyon, 7 oct. 1903, D. P., 1904. 5. 598, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e semestre, 1. 199, *Droit*, 15 janv. 1904; 15 déc. 1904. *Pand. franç.*, 1905. 2. 91, *Loi*, 22 fév. 1905, *Mon. jud. Lyon*, 31 janv. 1905. — Civ. cass., 22 mars 1905, *Gaz. Pal.*, 1905. 1. 633. — Trib. civ. La Roche-sur-Yon, 6 juin 1905, *Loi*, 10 juil. 1905, *Mon. jud. Lyon*, 19 juin 1905. — Trib. civ. Nice, 3 nov. 1905, *Gaz. Trib.*, 21 nov. 1905. — Orléans, 19 janv. 1907, *Gaz. Trib.*, 1907, 2e semestre, 2. 358. — Lyon, 30 janv. 1907, *Mon. jud. Lyon*, 25 mai 1907. — Orléans, 1er mars 1907, S., 1907. 2. 139, D. P., 1907. 2. 189. — Lyon, 23 mars 1907, *Mon. jud. Lyon*, 4 sept. 1907. — Trib. paix Neufchatel-en-Bray, 8 juin 1907, *Gaz. Trib.*, 1907, 2e semestre, 2. 267. — V. pour l'application de ce principe à la responsabilité des notaires envers leurs clients, Civ. rej., 21 oct. 1891, S., 95. 1. 447. — Req., 10 mai 1898, S., 98. 1. 398. — Req., 10 janv. 1899, S., 99. 1. 412. — Civ. rej., 13 mars 1900, S., 1903. 1. 26, D. P., 1900. 1. 588. — Grenoble, 6 nov. 1901, D. P., 1902. 2. 335. — V. aussi Req., 13 fév. 1882, D. P., 82. 1. 419; 27 janv. 1885, D. P., 85. 1. 363. — Civ. cass., 7 août 1895, S., 96. 1. 127; 22 déc. 1897, D. P., 99. 1. 85; 19 janv. 1903, D. P., 1904. 1. 107.

créance ; le créancier pouvait, en effet, s'abstenir ou négliger de se présenter à l'ordre (1).

Le demandeur en dommages-intérêts est donc tenu d'établir non seulement la faute et le préjudice, mais encore la relation de cause à effet entre ces deux éléments.

Quand les juges ne constatent pas suffisamment ce rapport, leur décision manque de base légale et encourt, par suite, la censure de la cour suprême (2). Doit, par exemple, être cassé l'arrêt qui, imputant à un navire la responsabilité d'un abordage par le motif qu'il allait à une vitesse excessive, ne constate pas que cette vitesse a été la cause de l'abordage (3).

Mais la vérification de la relation de cause à effet entre la faute et le dommage constitue l'examen d'une question de fait. Elle ne tombe donc pas sous le contrôle de la cour de cassation. Les juges du fond décident souverainement si la faute est ou n'est pas la source du préjudice (4).

SECTION III

DE LA RÉPARATION DU DOMMAGE CAUSÉ PAR UN DÉLIT OU PAR UN QUASI-DÉLIT

2874. Il résulte des termes des articles **1382** et **1383** que toute personne qui a commis un délit ou un quasi-délit, est obligée de réparer le dommage causé par cet acte. Quant à l'étendue que doit avoir la réparation, le principe est des plus simples : l'auteur du délit ou du quasi-délit est tenu de réparer tout le dommage qui en est la conséquence : « Ce n'est pas trop exiger de lui, a dit Bertrand de Greuille, que de l'astreindre à quelques sacrifices pécuniaires pour l'*entière* indemnité de ce qu'il a fait souffrir par son peu de prudence ou

(1) Req., 5 fév. 1884, précité.

(2) Civ. cass., 19 mars 1888, D. P., 88. 1. 391 ; 14 mars 1892, S., 92. 1. 523, D. P., 92. 1. 343. — V. aussi Civ. rej., 7 fév. 1894, S., 98. 1. 278, D. P., 94. 1. 239. — Req., 22 déc. 1897, D. P., 99. 1. 85.

(3) Civ. cass., 19 mars 1888, précité.

(4) Civ. cass., 20 janv. 1880, S., 81. 1. 359, D. P., 80. 1. 382 ; 6 fév. 1894, S., 94. 1. 309, D. P., 94. 1. 192. — V. pour l'application de ce principe à la responsabilité notariale, Req., 11 mai 1891, S., 92. 1. 254, D. P., 92. 1. 215. — Civ. rej., 21 oct. 1891, et Req., 10 janv. 1899, précités.

son inattention » (1). Le principe est donc celui de la réparation intégrale (2). Les juges du fait apprécient souverainement le chiffre des dommages-intérêts (3).

2875. Peuvent-ils allouer une indemnité pour un dommage futur? Oui, quand ce dommage doit certainement se réaliser, par exemple quand il s'agit d'une incapacité de travail causée par une blessure. Ce qu'on appelle dans ce cas dommage futur, c'est, en réalité, la persistance inévitable du dommage actuel.

Mais il n'y a pas lieu à la réparation d'un préjudice incertain et éventuel. Une action en dommages-intérêts ne saurait donc être justifiée par l'existence d'un simple danger (4).

2876. Après avoir obtenu des dommages-intérêts à raison d'un délit ou d'un quasi-délit, la personne lésée peut, selon nous, demander de nouveaux dommages-intérêts en se fondant sur ce que le préjudice s'est aggravé. Le principe de l'autorité de la chose jugée n'y fait point obstacle. Le préjudice que la nouvelle action a pour but de faire réparer, ne s'est produit que depuis le premier jugement. Il y a donc un objet nouveau et une cause nouvelle; le défendeur, par suite, ne sera pas admis à opposer l'exception de la chose jugée (5).

A plus forte raison, après un jugement allouant à la victime d'un accident une somme représentative du préjudice

(1) Fenet, XIII, p. 475; Locré, XIII, p. 41, n. 9, *in fine*.

(2) Alger, 18 janvier 1904, *Mon. jud. Lyon,* 29 novembre 1904. — Lyon, 31 mars 1904, *Mon. jud. Lyon,* 7 novembre 1904.

(3) Laurent, XX, n. 525. — Req., 23 juillet 1873, S., 73. 1. 471, D. P., 74. 1. 310; 20 nov. 1876, S., 78. 1. 273, D. P., 78. 1. 172; 2 avril 1878, S., 80. 1. 119. — Lyon, 31 mars 1904, *Mon. jud. Lyon,* 7 novembre 1904. — V. aussi Crim. rej., 29 juillet 1899, D. P., 1902. 1. 118. — Les juges doivent, dans le calcul de l'indemnité, prendre en considération la position sociale et surtout la culture intellectuelle de la victime d'un accident lorsqu'elles lui font ressentir plus cruellement l'amoindrissement considérable subi par elle dans toute sa personnalité. Bruxelles, 29 janvier 1904, *Loi,* 23 février 1904.

(4) Sourdat, *op. cit.*, I, n. 45; Laurent, XX, n. 526. — Pau, 15 mars 1892, S., 93. 2. 133, D. P., 93. 2. 164. — Besançon, 14 décembre 1904, *Gaz. Pal.*, 1905. 1. 24. — Cpr. Lyon, 7 octobre 1903, *Gaz. trib.*, 1904, 2e semestre, 1. 199, *Droit,* 15 janvier 1904.

(5) Laurent, XX, n. 527. — Req., 15 fév. 1870, D. P., 71. 1. 170. — Aix, 2 avril 1870, D. P., 71. 2. 241. — Cpr. Caen, 15 mai 1865, S., 65. 2. 264. — Paris, 16 juil. 1870, S., 71. 2. 204, D. P., 71. 2. 169. — Amiens, 10 août 1881, S., 82. 2. 244, D. P., 82. 2. 176.

par elle personnellement souffert, la demande d'une nouvelle indemnité, formée par sa veuve et par ses enfants, pour obtenir la réparation du dommage que leur cause sa mort, conséquence ultérieure du même accident, est-elle recevable. Elle n'offre, en effet, avec la première demande, ni l'identité de personnes, ni celle de cause, ni celle d'objet (1).

2877. La réparation du dommage se résout généralement en une indemnité pécuniaire. La plupart des auteurs enseignent qu'il en est ainsi, par la force des choses, même quand il s'agit de réparer un préjudice moral (2).

L'indemnité pécuniaire peut, d'ailleurs, consister soit dans une somme d'argent que les juges déterminent pour être une fois payée, soit en une pension temporaire ou viagère (3).

Mais, comme la cour de cassation l'a posé en principe, si, le plus ordinairement, la réparation du dommage est évaluée en argent, les termes de l'art. 1382 n'excluent point d'autres modes de réparation de nature à donner une juste satisfaction à la partie lésée (4).

C'est ainsi que les tribunaux peuvent, outre l'indemnité pécuniaire, ordonner soit la restitution de la chose qui a fait la matière du délit ou du quasi-délit, soit la destruction des travaux ou des objets qui sont la cause du préjudice, soit même l'accomplissement de certains faits qui sont nécessaires pour que la réparation soit suffisante (5).

Ils peuvent, au surplus, autoriser la partie lésée à faire exécuter elle-même un travail aux dépens de l'auteur de l'acte dommageable (6).

(1) Aix, 14 juin 1870, D, P., 72. 2. 97. — Req., 4 mars 1872, D. P., 72. 1. 327. — Paris, 15 juil. 1875, D. P., 77. 2. 120. — Cpr. Paris, 11 août 1868, S., 69. 2. 72, D. P., 68. 2. 186.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 749, note 8; Larombière, VII, p. 558 (art. 1382-1383, n. 27, al. 2); Demolombe, XXXI, n. 690; Laurent, XX, n. 522 *in fine*.

(3) Crim. rej., 20 fév. 1863, S., 63. 1. 321, D. P., 64. 1. 99. — Dijon, 23 nov. 1866, S., 67. 2. 7, D. P., 67. 2. 13. — Paris, 16 juil. 1870, D. P., 71. 2. 169. — V. dans le même sens Sourdat, *op. cit.*, I, n. 132 *bis;* Larombière, VII, p. 559 (art. 1382-1383, n. 27, al. 4).

(4) Req., 6 déc. 1869, S., 70. 1. 104, D. P., 71. 1. 56; 6 août 1880, S., 81. 1. 358.

(5) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 749 *in fine;* Larombière, VII, p. 558 (art. 1382-1383, n. 27, al. 3); Demolombe, XXXI, n. 690.

(6) Par exemple, la publication du jugement. Aix, 24 mars 1860, S., 60. 2. 473. — Bourges, 29 nov. 1860, S., 61. 2. 305.

2878. Les art. 1146 et 1153 qui, relativement aux dommages-intérêts dus à raison de l'inexécution d'une obligation contractuelle, exigent une mise en demeure, sont évidemment inapplicables dans notre matière. Celui qui se rend coupable d'un délit ou d'un quasi-délit se trouve en demeure de plein droit (1).

2879. Nous en dirons autant de l'art 1150. L'auteur d'un quasi-délit, bien qu'il ait agi sans intention de nuire, ne saurait se prévaloir de sa disposition. Pourquoi, au cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, le débiteur de bonne foi n'est-il tenu que des dommages-intérêts qu'il avait prévus ou pu prévoir au moment du contrat? C'est parce que l'obligation de payer les dommages-intérêts est considérée alors comme résultant d'une convention tacite et que cette convention n'a pu comprendre que les dommages-intérêts qu'il était possible de prévoir à l'époque où les parties ont traité. Ce motif prouve assez qu'une pareille disposition est étrangère à la réparation du préjudice causé par les quasi-délits (2).

2880. Quelques auteurs disent que l'art. 1151 est, lui aussi, sans application aux dommages-intérêts dus à raison d'un délit (3). Rappelons que, d'après cet article : « Dans le

(1) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 750; Sourdat, *op. cit.*, I, n. 109; Demolombe, XXXI, n. 685; Laurent, XX, n. 523. — Civ. rej., 30 janv. 1826, S. chr., VIII. 1. 270, D. *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 239-1°. — Sur l'inapplicabilité de l'art. 1146 en matière de délits ou de quasi-délits, voy. Req., 8 mai 1832, S., 32. 1. 398, D., *op. cit.*, v° *Eau*, n. 235. — Civ. cass., 30 nov. 1858, S., 59. 1. 251, D. P., 59. 1. 20. — Req., 31 mai 1865, S., 66. 1. 166, D. P., 66. 1. 26; 4 fév. 1868, S., 68. 1. 411, D. P., 68. 1. 271. — De l'inapplicabilité de l'art. 1153 aux dommages-intérêts résultant de délits ou quasi-délits, il résultait, avant la loi du 7 avril 1900, que les juges pouvaient, en cette matière, allouer, à titre de dommages-intérêts, les intérêts des condamnations par eux prononcées, du jour même du délit et non pas seulement du jour de la demande en justice. — V. *C. civ. ann.* Fuzier-Herman, art. 1153, n. 8 à 16, art. 1382 à 1383, n. 1068, D. *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 239-3° et 4°, et *Suppl. au Rép. alph.*, *eod.* v°, n. 265; Carpentier et Frèrejouan du Saint, *Rép. gén. et alph. du dr. fr.*, v° *Intérêts*, n. 480-485.

(2) Marcadé, V, sur les art. 1382-1383, III; Mourlon, II, n. 1698; Larombière, VII, p. 557 (art. 1382-1383, n. 26 *in fine*); Demolombe, XXXI, n. 686; Aubry et Rau, Laurent, *loc. cit.*; Thiry, III, n. 204-3°, p. 225; Labbé, *Note*, sous Amiens, 16 août 1878, S., 79. 2. 193. — Civ. rej., 30 janv. 1826, précité. — Nîmes, 30 oct. 1893, S., 94. 2. 233, D. P., 95. 2. 5. — Cpr. Planiol, II, 1re édit., n. 935-936, 2e édit. et suiv., n. 896-897.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 750; Laurent, XX, n. 523, al. 2; Planiol, II,

cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ». Cette disposition, dans son texte, est applicable seulement, il est vrai, aux obligations conventionnelles. Mais, si l'on tient compte de son motif, ne faut-il pas dire que la règle qui s'y trouve formulée doit s'appliquer aussi bien en matière de délits qu'en matière de contrats ? On sait, en effet, que, si le législateur a écrit l'art. 1151, c'est parce que le débiteur, alors même qu'il est coupable de fraude, ne doit que la réparation du dommage dont il est vraiment l'auteur. Ce motif ne permet pas de distinguer (1). Il a été jugé, en conséquence, que la responsabilité d'un notaire, comme rédacteur d'un acte simulé, comprend seulement le préjudice qui est la conséquence nécessaire et directe de la simulation, et qu'elle ne saurait être étendue aux faits qui n'ont résulté qu'indirectement de l'acte simulé (2).

Toutefois la proposition que nous repoussons renferme une certaine part de vérité en ce que, suivant toutes les vraisemblances, le juge du fait, ayant qualité pour déclarer souverainement que le dommage est une conséquence directe de l'acte ou de l'omission (3), usera plus largement de ce pouvoir en faveur de la personne lésée par un délit ou par un quasi-délit (4). C'est ce qui résulte de plusieurs décisions de la jurisprudence (5).

2881. La victime d'un délit ou d'un quasi-délit peut avoir contribué par sa faute à occasionner le dommage. Cette cir-

1re édit., n. 935, 2e édit. et suiv., n. 896. — V. dans le même sens Civ. rej., 30 janv. 1826, précité. — Liège, 18 juillet 1883, D. P., 85. 2. 79. — V. aussi Nîmes, 30 oct. 1893, S., 94. 2. 233, D. P., 95. 2. 5.

(1) Marcadé, sur les art. 1382-1384, III, *in fine;* Mourlon, II, n. 1698, dern. al.; Sourdat, *op. cit.*, I, n. 105; Demolombe, XXXI, n. 687; Thiry, *loc. cit.* — Paris, 6 août 1889, D. P., 90. 2. 263.

(2) Amiens, 9 janv. 1890, D. P., 91. 2. 7.

(3) Civ. cass., 21 janv. 1880, S., 81. 1. 359, D. P., 80. 1. 382.

(4) D. *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 267.

(5) Req., 11 août 1857, D. P., 58. 1. 135. — Amiens, 4 janv. 1873, D. P., 77. 5. 387. — Civ. rej., 22 nov. 1892, D. P., 93. 1. 604.

constance autorise le juge à modérer la condamnation [1], mais, d'après les arrêts les plus récents, elle ne lui permet pas d'affranchir le défendeur de toute responsabilité [2].

[1] Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 755; Sourdat, *op. cit.*, I, n. 108 et 660; Larombière, VII, p. 560 (art. 1382-1383, n. 28, al. 4); Demolombe, XXXI, n. 503; Laurent, XX, n. 491 et 531; Huc, VIII, n. 434; Planiol, II, 1re édit., n. 939, 2e édit. et suiv., n. 899. — Trib. civ. de Lyon, 5 mai 1865, D. P., 66. 3. 63. — Rennes, 23 déc. 1878, joint à Req., 5 août 1879, S., 81. 1. 403, D. P., 81. 1. 268. — Chambéry, 23 déc. 1878, S., 79. 2. 173, D. *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 271-3°, 764. — Bordeaux, 12 janv. 1887, S., 88. 2. 108, D. P., 87. 2. 191. — Paris, 8 fév. 1896, S., 99. 2. 215, D. P., 96. 2. 457 (note de M. Planiol). — Req., 24 fév. 1896, D. P., 96. 1. 327. — Civ. cass., 11 nov. 1896, S., 98. 1. 228, D. P., 97. 1. 315. — Amiens, 5 mai 1897, *Rec. Amiens*, 98. 146. — Req., 29 juin 1897, D. P., 97. 1. 352. — Aix, 17 mai 1900, D. P., 1901. 1. 55. — Bordeaux, 25 nov. 1902, *Gaz. Pal.*, 1903. 1. 236. — Trib. civ. Toulouse, 4 juin 1903, *Loi*, 1er juill. 1903. — Trib. paix Paris (XIVe arr.), 9 avril 1906, *Mon. jud. Lyon*, 15-16 août 1906. — Trib. com. Nantes, 23 mai 1906, *Rec. Nantes*, 1906. 1. 400. — Trib. paix Paris (Ve arr.). 1er juin 1906, *Gaz. Trib.*, 9 juin 1906, *Loi*, 2 juin 1906. — Lyon, 18 juill. 1907, *Mon. jud. Lyon*, 4 juill. 1907. — V. aussi Req., 8 fév. 1875, S., 75. 1. 204, D. P., 75. 1. 320, et les arrêts cités à la note suivante. — V. aussi pour les décisions appliquant cette règle au cas d'abordage, C. civ. Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 1382-1383, n. 393-398. — Le fait par un boutiquier de placer des glaces de luxe à sa devanture donnant sur la voie publique doit-il, au cas de bris desdites glaces, être considéré comme une imprudence de nature à faire modérer le *quantum* des dommages-intérêts? La jurisprudence s'est divisée sur cette question, qu'elle a eu souvent l'occasion d'examiner. — V. ses décisions dans Dalloz, *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 275 et *Nouv. Code civ. ann.*, art. 1382, n. 261-268; *Code civ. ann.* par Fuzier-Herman et Alcidé Darras, III, art. 1382-1383, n. 1110-1112, et *Suppl.* à ce Code par Th. Griffond, art. 1382-1383, n. 156-158; Carpentier et Frèrejouan, *Répert. gén. et alph. du dr. fr.*, v° *Responsabilité civile*, n. 429-431. *Adde* dans le sens de l'obligation pour l'auteur de l'accident de payer la valeur intégrale des glaces : Trib. paix Montpellier, 29 juin 1904, *Droit*, 11 janv. 1905, *Mon. jud. Midi*, 23 octobre 1904. — Trib. paix Lagny, 7 fév. 1908, D. P., 1908. 5. 29. — En sens contraire Trib. comm. Clermont-Ferrand, 12 nov. 1907, D. P., 1908. 2. 110 (v. la note). Le tribunal relève cette circonstance que le magasin était situé dans un endroit où la circulation était très difficile.

[2] Civ. cass., 20 août 1879, S., 80. 1. 55, D. P., 80. 1. 15; 10 nov. 1884, S., 85. 1. 129, D. P., 85. 1. 433. — Aix, 12 déc. 1887, S., 88. 2. 138. — Civ. cass., 12 déc. 1893, S., 94. 1. 223, D. P., 95. 1. 126; 7 août 1895, S., 96. 1. 127, D. P., 96. 1. 81 (note de M. Planiol); 11 nov. 1896, S., 98. 1. 228, D. P., 97. 1. 315. — Civ. cass., 28 mars 1900, S., 1902. 1. 259, D. P., 1900. 1. 212; 6 mai 1901, S., 1901. 1. 288. — Chambéry, 27 janv. 1903, D. P., 1905. 2. 255. — Angers, 29 juin 1903, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e semestre, 2. 222, *Loi*, 2 nov. 1904, *Droit*, 31 juillet 1904. — V. aussi Civ. rej., 11 nov. 1891, D. P., 92. 1. 427. — Besançon, 1er mars 1893, D. P., 93. 2. 287. — Toulouse, 5 déc. 1893, D. P., 94. 2. 412, et, sur pourvoi, Req., 13 mars 1895, D. P., 96. 1. 19. — Req., 20 fév. 1905, S., 1905. 1. 348. — Aix, 29 mai 1905, *Loi*, 30 oct. 1905. — *Sic* Laurent, Planiol, *loc. cit.* — Cpr. les autres auteurs cités à la note précédente.

En sens inverse, quand la partie lésée a contribué à produire le dommage, la réparation de celui-ci ne saurait être mise entièrement à la charge du défendeur (1).

Il est évident que celui auquel on réclame une indemnité ne peut encourir aucune condamnation, s'il prouve que le dommage a été exclusivement causé par la faute du demandeur (2).

Avons-nous besoin d'ajouter que si la personne qui a subi un préjudice par le fait d'autrui a commis antérieurement une négligence en l'absence de laquelle ce fait n'aurait pas été accompli, elle n'a droit à aucune réparation (3)?

2882. Lorsqu'un délit criminel a été commis par plusieurs, l'obligation de réparer le dommage est solidaire. L'art. 55 C. pén. dit, en effet : « Tous les individus condamnés pour un même délit seront tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais ».

Mais en est-il de même au cas d'un délit civil ou d'un quasi-délit? C'est une question que nous avons longuement examinée dans notre exposé de la théorie générale de la solidarité. Nous renvoyons à nos précédentes explications (4).

(1) Civ. cass., 29 mars 1886, S., 86. 1. 428, D. P., 87. 1. 480. — Paris, 25 août 1890, S., 92. 2. 138 ; 10 janv. 1891; S., *ibid.* — Civ. Cass., 11 nov. 1896, précité. — Cons. d'Etat, 22 janv. 1904, D. P., 1905. 3. 48.

(2) Proudhon, *Usufruit*, III, n. 1487; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 755; Larombière, VII, p. 560 *in fine* (art. 1382-1383, n. 29); Demolombe, XXXI, n. 499; Laurent, XX, n. 485; Huc, VIII, n. 434. — Req., 17 nov. 1884, S., 85. 1. 360; 17 nov. 1886, S., 87. 1. 227; 8 mai 1893, S., 94. 1. 214, D. P., 93. 1. 349. — Lyon, 12 déc. 1906, *Mon. jud. Lyon*, 22 mai 1907, *Loi*, 27 juin 1907.

(3) Douai, 14 déc. 1846, S., 48. 2. 542, D., *Rép. alph.*, v° *Voiture*, n. 59.

(4) V. notre t. II, n. 1298-1304. — Aux décisions déjà citées par nous, ajoutez Req., 26 nov. 1907. Cet arrêt, où l'on ne trouve pas le mot de *solidarité*, mérite d'être remarqué : « Attendu, dit-il, que la réparation d'un fait dommageable survenu par la faute de plusieurs personnes doit, en vertu des principes sur les engagements qui se forment sans convention, être ordonné pour le tout contre chacune d'elles au profit de la partie lésée, lorsqu'il est impossible de déterminer la part que leurs fautes personnelles ont eue dans le fait dommageable ; ..... qu'il importe peu que, par appréciation de la gravité respective des fautes de chacun des coauteurs du quasi-délit, la Cour d'appel ait mis les deux tiers des dommages à la charge de D... et le tiers à celle de G... ; que cette répartition, qui n'affecte que les rapports des codébiteurs entre eux, ne modifie ni la nature ni la quotité de leurs obligations au regard des frères L... (demandeurs) ». *Gaz. Trib.*, 1908, 1er semestre, 1. 195.

2883. Toute personne à laquelle un délit cause un dommage, même indirectement [1], a droit à une réparation.

Ainsi le mari peut, de son propre chef, demander des dommages-intérêts à raison des injures faites à sa femme, et il en est de même des père et mère quant aux injures dont leurs enfants sont l'objet [2].

De même les enfants dont le père a été victime d'un homicide, ont une action personnelle en indemnité, alors même, d'après certains auteurs [3], que l'entretien de leur père fût à leur charge [4].

2884. L'action en indemnité résultant de délits est toujours transmise activement aux héritiers et successeurs quand il s'agit de délits contre les biens, sans qu'il y ait à distinguer entre les délits civils et les délits criminels. Alors, en effet, les héritiers et successeurs universels, devenant propriétaires, sont lésés personnellement. Au surplus, l'action est comprise dans l'hérédité, et, comme elle n'est pas attachée exclusivement à la personne, il n'y a pas de motif pour que les héritiers et successeurs universels ne puissent pas l'exercer [5].

Quand il s'agit de délits contre la personne, il faut distinguer. Envisageons d'abord le cas où les délits ont porté atteinte à la personne physique. Si le délit a causé immédiatement la mort, le mari ou la veuve et les enfants ont une action naissant d'un droit qui leur est propre. Ils n'agissent donc pas seulement en qualité d'héritiers [6]. Mais puisent-ils en outre dans la succession un droit à la réparation? Cette question, en ce qui les regarde, est à peu près dépourvue

(1) Rauter, *Cours de législ. crim.*, II, n. 444; Faustin-Hélie, *Instr. crim.*, II, p. 279; Zachariæ, § 444; texte et note 12; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 748 *in fine*. — Crim. rej., 20 fév. 1863, S., 63. 1. 221, D. P., 64. 1. 99. — Lyon, 18 mars 1865, S., 65. 2. 258. — Trib. de Lyon, 11 juill. 1892, S., 94. 2. 22.

(2) Rauter, *op. cit.*, II, n. 686; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 749. — Colmar, 3 mars 1810, S. chr., III. 2. 223, D., *Rép. alph.*, v° *Instr. crim.*, n. 100. — Montpellier, 12 nov. 1855, D. P., 55. 2. 41. — V. cependant Chassan, *Tr. des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, II, p. 72.

(3) V. *supra*, n. 2871-2872.

(4) Rauter, *op. cit.*, II, n. 133; Faustin-Hélie, II, p. 353 s.; Aubry et Rau, *loc. cit.*

(5) Sourdat, *op. cit.*, I, n. 53. — Cpr. Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 750 *in fine*; Laurent, XX, n. 535.

(6) Sourdat, *op. cit.*, I, n. 54; Duranton, X, n. 558, *loc. cit.*

d'intérêt, puisqu'ils ont, comme nous venons de le dire, une action née en leur personne. Mais il en est autrement quant aux héritiers plus éloignés et au légataire universel. On admet en général que ces derniers ont le droit d'exercer l'action comme représentants du défunt. Celui-ci, dans l'instant de raison qui s'est écoulé entre le coup mortel et son dernier soupir, a acquis le droit à l'indemnité. Il l'a donc transmis à ses héritiers ou à son légataire universel. De plus, si on refusait à ces derniers le droit d'agir, ils ne pourraient pas se porter partie civile pour faire prononcer contre le meurtrier une condamnation pénale. Et cependant il est de l'intérêt de la société qu'ils en aient le droit (1).

Quand le délit n'a pas entraîné immédiatement la mort, et que la victime est morte sans avoir porté plainte, il y a difficulté. Contrairement à ce que décidait notre ancien droit en s'autorisant des lois romaines, l'action en indemnité peut être exercée par les héritiers et successeurs universels. Aujourd'hui les délits contre la personne, aussi bien que les délits contre la propriété, ouvrent le droit à une réparation pécuniaire. L'action en indemnité figure dans la succession, à moins que le défunt n'ait renoncé à cette action (2).

Lorsqu'il s'agit d'injures ou de diffamations, l'action civile passe incontestablement aux héritiers et successeurs universels, si elle a été intentée par le défunt (3). Mais faut-il admettre la même solution dans le cas contraire? Nous ne ferons que signaler la question (4).

2885. Les créanciers peuvent-ils exercer, au nom de leur débiteur, en vertu de l'art. 1166, les actions en dommages-intérêts qui ont pour cause des délits? L'affirmative est certaine pour toutes celles qui résultent de délits contre les biens (5).

(1) Sourdat, *op. cit.*, I, n. 56 *bis*. — V. cependant Amiens, 10 juillet 1901, S., 1902. 2. 8.

(2) Faustin-Hélie, *Th. du C. d'instruct. crim.*, I, p. 675.

(3) Mangin, *Tr. de l'action publique*, I, n. 127; Sourdat, *op. cit.*, I, n. 59. — Montpellier, 22 déc. 1825, S. chr., VIII. 2. 164, col. 2, D., *Répert. alph.*, v° *Presse, Outrage, Publication*, n. 1126.

(4) V. Sourdat, *op. cit.*, n. 58; D., *op.* et v° *cit.*, n. 1127.

(5) Duranton, X, n. 558; Sourdat, I, n. 73 *sexties;* Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 128; Larombière, VII, p. 579 (art. 1382-1383, n. 46, al. 2); Laurent, *loc. cit.*

D'autre part, l'art. 1166, faisant une exception en ce qui concerne les droits exclusivement attachés à la personne, les créanciers ne sauraient exercer les actions en dommages-intérêts pour injures ou diffamations, ni, plus généralement, celle où l'intérêt moral domine (1).

Mais que faut-il décider quant aux actions naissant de délits ou quasi-délits contre la personne physique du débiteur? Nous avons déjà examiné cette question dans l'étude que nous avons faite de la disposition de l'art. 1166. Nous n'avons qu'à nous en référer à nos précédentes explications (2).

2886. L'action en dommages-intérêts née d'un délit civil ou d'un quasi-délit peut être formée contre les héritiers et successeurs universels de celui qui a commis cet acte. En principe, les héritiers et successeurs universels succèdent aux dettes du défunt comme à ses droits. Il n'y a pas de raison pour faire exception à cette règle quant à l'obligation de réparer le préjudice qui est la conséquence d'un délit civil ou d'un quasi-délit (3).

Mais la responsabilité qui résulte d'un délit ou d'un quasi-délit ne saurait peser sur le successeur à titre particulier de l'auteur du fait dommageable. C'est ainsi que l'acquéreur du droit d'exploiter une carrière souterraine n'est pas tenu, en cette qualité, de réparer le dommage causé par son vendeur au fonds sous lequel existe cette carrière (4).

2887. L'action en réparation du dommage causé par un délit purement civil ou par un quasi-délit, est exclusivement de la compétence des tribunaux civils.

Au contraire, l'action en réparation du préjudice causé par un fait qui constitue tout à la fois un délit civil et un délit criminel (action civile), peut être portée, soit par voie principale devant le tribunal civil, soit incidemment à l'action publique, devant le tribunal criminel saisi de cette action.

(1) Sourdat, *op. cit.*, I, n. 73. — Cpr. Demolombe, XXXI, n. 678.

(2) V. notre tome I, n. 625. — *Adde* aux autorités citées comme contraires à notre opinion, Sourdat, *op. cit.*, I, n. 73 *bis*.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 750; Laurent, XX, n. 540.

(4) Civ. cass., 5 avril 1870, S., 70. 1. 237, D. P., 71. 1. 234.

2888. Si la personne lésée choisit la seconde voie, la juridiction répressive peut lui allouer des dommages-intérêts, alors même que l'accusé ou le prévenu est acquitté, mais à la condition de relever à la charge de celui-ci une faute qui serve de base à la condamnation, et qui soit distincte de l'infraction définitivement écartée par la sentence d'acquittement.

Cela s'explique facilement : quand l'accusé ou le prévenu est acquitté, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il n'est pas l'auteur du fait dommageable. Il y a lieu, en effet, à acquittement lorsque ce fait, d'ailleurs imputable à l'individu poursuivi, n'est pas prévu par la loi pénale. Or, dans cette dernière hypothèse, si le délit criminel disparaît, les juges peuvent néanmoins admettre l'existence d'un délit purement civil (1).

Toutefois l'art. 58 de la loi du 29 juillet 1881, *sur la liberté de la presse,* renferme une très remarquable exception à cette règle en ce qui regarde la poursuite des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication : « En cas d'acquittement par le jury, — dit-il — s'il y a partie civile en cause, la cour ne pourra statuer que sur les dommages-intérêts réclamés par le prévenu. Ce dernier devra être renvoyé de la plainte *sans dépens ni dommages-intérêts au profit du plaignant* » (2). Cette exception d'ailleurs n'est guère justifiable (3).

2889. Supposons maintenant que l'action en indemnité est portée devant le tribunal civil. Nous devons prévoir deux cas :

α. Il se peut que l'action publique soit intentée avant ou pendant l'instance formée par la personne lésée. Dans ce cas l'exercice de l'action privée est suspendu « tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique ». C. instr. crim., art. 3, al. 2. D'où cette maxime : *Le criminel tient le civil en état.*

(1) Crim. cass., 7 mai 1864, S., 64. 1. 508, D. P., 64. 1. 313. — Crim. rej., 6 mars 1868, S., 69. 1. 95. — Haute cour de justice, 27 mars 1870, S., 71. 2. 180. D. P., 71. 2. 79. — Crim. cass., 8 nov. 1875, S., 80. 1. 43, D. P., 79. 1. 387; 18 juin 1885, S., 87. 1. 439, D. P., 87. 1. 94. — Crim. rej., 25 mars 1885, S., *ibid.* — Req., 15 mai 1887, S., 88. 1. 73, D. P., 87. 1. 265.

(2) Cpr. circ. minist. du 9 nov. 1881, n. 64, D. P., 81. 3. 106.

(3) V. Sourdat, *op. cit.*, I, n. 69 *bis*.

§. Quand la demande en indemnité est formée devant le tribunal civil après le jugement définitif de l'action publique, ce tribunal doit tenir pour vrai ce qui a été jugé par le tribunal répressif : *Le criminel,* comme on dit quelquefois, *emporte le civil.*

Mais il faut se garder d'attribuer à ce principe une portée qu'il ne saurait avoir. Il doit être entendu simplement en ce sens que le juge civil ne peut pas méconnaître ce qui a été certainement décidé par le juge criminel (1). Quand la déclaration de non-culpabilité n'exclut pas nécessairement la possibilité d'un fait qui serait de nature à engager la responsabilité du prévenu ou de l'accusé au regard de la partie civile, le jugement rendu au criminel ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action en indemnité (2).

2890. Le demandeur en dommages-intérêts doit prouver non seulement l'existence du préjudice, mais celle de la faute et le rapport de cause à effet entre la faute et le dommage (3).

Nous savons déjà que tous les modes de preuves sont admissibles en cette matière, notamment les présomptions de l'homme. C'est ce qui résulte de l'art. 1348, n. 1, et de l'art. 1353.

Toutefois, comme nous l'avons expliqué, si, dans le débat relatif à un délit, une convention est alléguée, on n'est plus dans l'exception établie par ces textes, mais bien dans la règle posée par l'art. 1341 (4).

2891. Les condamnations qui accordent des indemnités pour réparations de faits dommageables sont-elles exécutoires par voie de contrainte par corps?

Quand il s'agit d'un fait incriminé par la loi pénale, cette mesure est de droit, même lorsque c'est un tribunal civil qui a rendu le jugement. L. 22 juillet 1867, art. 5 (5).

(1) Griolet, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile et en matière criminelle,* p. 354 et 355. — Civ. cass., 7 mars 1855, S., 55. 1. 439, D. P., 55. 1. 81; 9 avril 1873, S., 74. 1. 374, D. P., 73. 1. 439.

(2) Req., 20 janv. 1874, S., 74. 1. 374, D. P., 74. 1. 223. — Civ. cass., 17 mars 1874, S., 74. 1. 487, D. P., 74. 1. 398.

(3) Laurent, XX, n. 547.

(4) V. *supra,* n. 2626.

(5) Mais la contrainte par corps ne saurait être décernée contre les héritiers du

Au contraire — du moins depuis la loi du 22 juill. 1867 — les individus condamnés à des dommages-intérêts à raison d'un délit purement civil ne sont pas contraignables par corps.

2892. L'action en dommages-intérêts résultant d'un délit purement civil se prescrit par trente ans, tandis que celle résultant d'un délit criminel se prescrit par le même laps de temps que l'action publique. C. instr. crim., art. 2, al. 3, art. 637, 638 et 640 (1).

Cette dernière solution doit être admise alors même que l'action en indemnité exercée séparément est portée devant un tribunal civil, car cette circonstance ne l'empêche pas d'avoir le même fondement ou le même objet que si elle était formée devant un tribunal criminel (2).

coupable ni contre les personnes civilement responsables du délit. — Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 750; Larombière, VII, p. 592 (art. 1382-1383, n. 54).

(1) Il en est ainsi même en ce qui concerne les délits prévus par des lois spéciales, tels que les délits ruraux et forestiers, ceux de chasse et de pêche. — Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 451, note 16; Larombière, VII, p. 582 (art. 1382-1383, n. 48, al. 5); Demolombe, XXXI, n. 700. — Cpr. Code instruction criminelle, art. 643.

(2) *Sic* Merlin, *Rép.*, v° *Prescr.*, sect. III, § 4, n. 5 *in fine;* Toullier, XI, n. 292; Duranton, XXI, n. 102; Vazeille, *Des prescriptions*, II, n. 595; Mangin, *op. cit.*, II, n. 363; Chauveau et Hélie, *Théor. du Code pén.*, I, n. 299; Faustin-Hélie, *Instr. crim.*, III, p. 792 s.; Joccoton, *Rev. de dr. franç. et étr.*, 1849, VI, p. 145; Chassan, *op. cit.*, II, n. 1368; Sourdat, *op. cit.*, I, n. 378, et II, n. 807; Colmet de Santerre, V, n. 364 *bis*-VI; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 751 *in fine;* Larombière, VII, p. 582 *in fine* (art. 1382-1383, n. 48, al. 7); Demolombe, XXXI, n. 703; Arntz, III, n. 479-3°; Boitard, *Leçons sur le Code d'instr. crim.*, n. 320; Ortolan, II, n. 1878; Haus, *Princ. gén. du dr. belge*, 3e éd., II, n. 1337; Garraud, *Préc. de dr. crim.*, n. 429 *in fine*, et *Tr. théor. et prat. du dr. pén. franç.*, II, p. 114 et 115; Villey, *Précis d'un cours de dr. crim.*, 5e éd., p. 264, et *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1875, p. 81 s.; Brun de Villeret, *Tr. théor. et prat. de la prescr. en mat. crim.*, n. 332 s. — Civ. cass., 3 août 1841, S., 41. 1. 753, D., *Rép. alph.*, v° *Prescr. crim.*, n. 94; 29 avril 1846, S., 46. 1. 413. — Bordeaux, 31 juill. 1848, S., 49. 2. 81, D. P., 49. 2. 74. — Angers, 13 juill. 1850, D. P., 50. 2. 109, D., *Rép. alph.*, *loc. cit.* — Lyon, 4 avril 1851, S., 51. 2. 433, D. P., 52. 2. 34. — Paris, 22 nov. 1853, P., 54. 1. 154. — Lyon, 30 janv. 1854, S., 54. 2. 303, D. P., 55. 2. 67, D., *Rép. alph.*, v° *cit.*, n. 94. — Civ. rej., 21 nov. 1854, S., 54. 1. 725, D. P., 54. 1. 415. — Bourges, 26 mars 1855, S., 55. 2. 305, D. P., 55. 2. 307, D., *Rép. alph.*, *loc. cit.* — Paris, 5 mai 1860, S., 60. 2. 405. — Colmar, 6 mars 1863, S., 63. 2. 101, D. P., 63. 2. 141. — Aix, 9 juin 1864, S., 64. 2. 196, D. P., 64. 5. 285, n. 1. — Nîmes, 19 déc. 1864, S., 65. 2. 46. — Colmar, 26 fév. 1867, S., 67. 2. 354. — Nancy, 23 janv. 1875, S., 77. 2. 133, D., *Rép. alph.*, v° *Prescr. crim.*, n. 85. — Caen, 22 déc. 1876, S., 77. 2. 49, D., *loc. cit.* — Req., 1er fév. 1882, D. P., 82. 1. 454. — Bordeaux, 16 avril 1886, S., 88. 2. 10. — Req., 4 août 1886, D. P., 88.

Peu importerait la qualification que le demandeur, en vue d'échapper au moyen tiré de la prescription, donnerait au fait dommageable, si, en réalité, celui-ci présentait les caractères d'un délit incriminé par la loi pénale (1), à moins que ces caractères n'aient été écartés ou purgés par un jugement ou par un arrêt d'acquittement (2).

2893. Toutefois, la règle que l'action civile se prescrit par le même laps de temps que l'action publique, concerne seulement l'action résultant du délit. Elle est étrangère aux autres actions civiles qui en sont indépendantes parce qu'elles ont leur source dans un droit préexistant au délit, de sorte qu'elles existeraient alors même que celui-ci n'aurait pas été commis. Ces dernières actions demeurent sous l'empire du droit commun. La perpétration du délit ne saurait avoir pour effet de changer leur nature. De plus, il serait absurde que la faute de l'agent eût pour lui cet avantage d'abréger leur durée. Enfin il n'y a pas de raison pour que leur sort

1. 411. — Lyon, 30 juin 1887, S., 89. 2. 65, D. P., 88. 2. 53. — Paris, 27 mai 1891, D. P., 92. 2. 573. — Bordeaux, 2 nov. 1892, S., 93. 2. 148. — Grenoble, 26 nov. 1892, D. P., 93. 2. 270. — Aix, 23 nov. 1893, S., 95. 2. 33, D. P., 94. 2. 566. — Douai, 7 mai 1894, D. P., 95. 2. 15. — *Adde* Liège, 7 mars 1868, *Belgique judic.*, XXVI, p. 465, *Pasicr.*, 68. 185. — Bruxelles, 12 nov. 1885, S., 87. 4. 21. — *Contra* Bourguignon, *Jurisprudence des codes criminels*, II, p. 530; Bertauld, *Cours de code pénal*, XXIXe leçon, p. 625 s.; Caron, *Juridiction des juges de paix*, II, n. 741; Grellet-Dumazeau, *De la diffamation*, n. 298 s. — Riom, 28 juin 1841, S., 41. 2. 587. — On peut ajouter dans le sens de la première opinion plusieurs jugements ou arrêts relatifs à l'action civile née de délits spéciaux. V. pour le dommage causé par un délit forestier, Chambéry, 13 juin 1885, S., 87. 2. 206; — pour le préjudice résultant d'un délit rural, Req., 16 déc. 1889, S., 91. 1. 108, D. P., 91. 5. 409 *in fine;* — pour l'action civile fondée sur une diffamation, Trib. paix de Chelles, 21 juill. 1883, S., 84. 2. 127. — Nancy, 14 ou 15 déc. 1883, S., 84. 2. 157, D. P., 84. 2. 54. — Req., 14 mai 1884, S., 84. 1. 314. — Trib. civ. Seine, 21 juin 1884, S., 84. 2. 191. — Bordeaux, 16 avril 1886, S., 88. 2. 10, D. P., 87. 2. 79. — *Adde* Fabreguettes, *Tr. des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, II, n. 2142.

(1) Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 752, texte et note 18; Demolombe, XXXI, n. 704; Garraud, *Précis de dr. crim.*, n. 458, et *Tr. théor. et prat. du dr. pén. fr.*, II, n. 69 *in fine*. — Bordeaux, 31 juill. 1848, Lyon, 30 janv. 1854, Civ. rej., 21 nov. 1854, Bourges, 26 mars 1855, précités. — Cpr. en matière de diffamation, Nancy, 14 ou 15 déc. 1883, et Bordeaux, 16 avril 1886, précités. — Paris, 20 mars 1885, D. P., 85. 2. 264; 16 nov. 1886, D. P., 87. 2. 171. — Alger, 24 oct. 1899, D. P., 1901. 2. 405.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 752; Demolombe, XXXI, n. 704, dern. al. — Paris, 24 mars 1855, *Gaz. Trib.*, 1er juin 1855.

soit, au point de vue de la prescription, lié à celui de l'action publique (1).

Ainsi l'action en restitution d'un objet confié à titre de dépôt durerait trente ans contre le dépositaire infidèle qui l'aurait frauduleusement détourné, car cette action a sa source dans le contrat de dépôt, et non dans le délit du dépositaire. Nous en dirons autant de l'action en restitution qui procède d'un louage ou d'un mandat (2).

Il faut, selon nous, se prononcer dans le même sens quant à l'action en revendication appartenant au propriétaire dont la chose a été volée. On objecte la règle : *En fait de meubles la possession vaut titre*. La revendication d'un meuble corporel n'est permise, fait-on observer, que dans le cas de perte ou de vol. Or, quand l'action publique est prescrite, le propriétaire n'est plus recevable à prouver le vol, et, par conséquent, il ne saurait revendiquer sa chose. Aubry et Rau répondent avec raison que « la preuve de la mauvaise foi du possesseur n'emporte pas nécessairement contre lui l'imputation d'une soustraction frauduleuse ». La revendication demeure donc possible (3).

(1) Rauter, *op. cit.*, I, n. 135, et II, n. 853; Duranton, XIII, n. 707, et XXI, n. 102; Mangin, *op. cit.*, II, n. 367; Vazeille, *op. cit.*, II, n. 587 s.; Faustin-Hélie, *op. cit.*, III, n. 594; Trébutien, *op. cit.*, p. 159; Bertauld, *op. cit.*, p. 572; Labroquère, *op. cit.*, p. 165; Colmet de Santerre, V, n. 364 *bis*-VII; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 752-753, texte et note 21; Sourdat, *op. cit.*, I, n. 376 s.; Larombière, VII, p. 584-585 (art. 1382-1383, n. 49); Demolombe, XXXI, n. 706; Huc, VIII, n. 407, p. 540 *in fine;* Garraud, *Pr. de dr. crim.*, n. 430 *in fine*, et *Tr. th. et pr. du dr. pén. franç.*, II, n. 69. — Civ. cass., 28 août 1855, S., 56. 1. 37, D. P., 55. 1. 407. — Paris, 5 mai 1860, S., 60. 2. 405. — Civ. cass., 5 mai 1863, S., 63. 1. 301, D. P., 63. 1. 195. — Dijon, 17 juin 1864, D. P., 66. 1. 441. — Civ. rej., 9 janv. 1867, D. P., 67. 1. 52. — Civ. cass., 9 janv. 1882, S., 83. 1. 395, D. P., 83. 1. 136; 4 juin 1883, S., 84. 1. 115, D. P., 83. 1. 385. — Orléans, 24 juil. 1890, S., 91. 2. 154, D. P., 91. 2. 337. — Civ. cass., 11 juil. 1892, S., 93. 1. 39, D. P., 92. 1. 486. — V. aussi Rouen, 29 déc. 1875, S., 77. 2. 166, D. P., 77. 2. 1.

(2) Duranton, XIII, n. 706; Aubry et Rau, Larombière, *loc. cit.;* Sourdat, *op. cit.*, I, n. 376; Demolombe, XXXI, n. 707; Huc, *loc. cit.* — Req., 23 janv. 1822, S. chr., VII. 1. 14, col. 3. — Paris, 25 mars 1825, S. chr., VIII. 2. 56. — Req., 16 avril 1845, S., 45. 1. 494, D. P., 45. 1. 266. — Civ. rej., 27 août 1867, S., 68. 1. 117, D. P., 67. 1. 489.

(3) *Sic* Duranton, XIII, n. 707; Marcadé, XII, n. 306; Mourlon, III, n. 2005; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 753, texte et note 24; Sourdat, *op. cit.*, I, n. 380; Larombière, VII, p. 585-586 (art. 1382-1383, n. 50); Demolombe, XXXI, n. 709; Garraud, *Préc. de dr. crim.*, n. 430, et *Tr. th. et prat. du dr. pén. franç.*, II,

2894. La prescription de l'action civile est, aussi bien que celle de l'action publique, interrompue par les actes de poursuites faits à la requête du ministère public. Donc, si un jugement a prononcé une condamnation pénale, sans statuer sur les intérêts privés, la nouvelle prescription de l'action civile ne commencera à courir que du jour de ce jugement.

On discute sur le point de savoir quelle sera sa durée. Quelques auteurs enseignent que l'action civile est désormais soumise à la prescription trentenaire. Nous pensons, au contraire, que les art. 637 s. C. instr. crim. demeurent applicables. Au moment où elles naissent, l'action publique et l'action civile se trouvent soumises, l'une et l'autre, à la même prescription. Tant qu'il n'a pas été statué sur l'une et sur l'autre, chacune d'elles doit conserver sa durée primitive (1).

SECTION IV

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE QUI PEUT INCOMBER A UNE PERSONNE A RAISON DU FAIT D'AUTRUI OU A RAISON DES CHOSES QU'ELLE A SOUS SA GARDE

2895. Un des principes essentiels de la matière des délits et des quasi-délits est celui de la personnalité des fautes et, par conséquent aussi, de la responsabilité qui en découle : chacun n'est tenu de réparer que le dommage causé par son

n. 69 *bis*. — Cpr. Paris, 21 mars 1855, S., 55. 2. 391. — *Contra* Vazeille, *op. cit.*, II, n. 589; Mangin, *op. cit.*, II, n. 366; Leroux de Bretagne, *Prescription*, n. 1336; Le Sellyer, *Dr. crim.*, n. 1311, et *Tr. de l'exer. et de l'ext.*, etc., II, n. 549. — Bordeaux, 15 avril 1829, S. chr., IX. 2. 251, col. 3. — Cpr. Bordeaux, 31 juil. 1848, S., 49. 2. 81.

(1) *Sic* Mangin, *op. cit.*, II, n. 355; Joccoton, Vazeille, *loc. cit.*; Le Sellyer, *Actions publique et privée*, II, n. 482 et 556; Brun de Villeret, *op. cit.*, n. 335 et 339; Trébutien, *Cours de dr. crim.*, II, p. 161; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 752; Sourdat, I, n. 400; Larombière, VII, p. 583 (art. 1382-1383, n. 48, al. 8); Demolombe, XXXI, n. 705; Haus, *op. cit.*, II, n. 1433; Garraud, *Précis de dr. crim.*, n. 433 *in fine* et *Tr. th. et prat. de dr. pén. franç.*, II, n. 72 *in fine*; Laborde, *Cours élém. de dr. crim.*, n. 905. — Civ. cass., 3 août 1841, S., 41. 1. 753. — Lyon, 17 mars 1842, S., 43. 2. 343; 4 avril 1851, D. P., 52. 2. 34. — Civ. cass., 6 mars 1855, S., 55. 1. 333, D. P., 55. 1. 84. — *Contra* Labroquère, *Rev. crit.*, 1861, XIX, p. 166; Villey, *Rev. crit.*, 1875, II, p. 85, et *Précis d'un cours de dr. crim.*, p. 272. — Caen, 8 janv. 1827, S., 28. 2. 214. — Nîmes, 27 mars 1833, S., 33. 2. 243.

propre fait ou par celui d'une personne dont il est héritier ou ayant-cause [1]. Or on dit quelquefois que l'art. 1384, al. 1, apporte une double exception à cette règle. Cette proposition est inexacte. Le texte sus-indiqué dispose en ces termes : « *On » est responsable non seulement du dommage que l'on cause » par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le » fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que » l'on a sous sa garde* ». En réalité, ce texte ne déroge nullement au principe énoncé plus haut. La responsabilité qu'il édicte a sa source dans un quasi-délit commis par celui à qui elle incombe. Avec une surveillance plus active, un choix plus scrupuleux, une plus grande diligence dans l'emploi des mesures préventives commandées par la prudence, nous aurions pu conjurer le préjudice qui a été causé à autrui par les personnes soumises à notre garde, comme nos enfants mineurs, ou celui qui a été causé par certaines personnes, comme nos domestiques, dans l'exercice de fonctions que nous leur avons confiées, ou enfin le dommage occasionné par une chose qui nous appartient, par exemple celui résultant de l'explosion d'une machine. Il est donc vrai de dire que nous sommes personnellement en faute, et c'est pour cela que la loi nous déclare civilement responsables [2].

Toutefois, à un certain point de vue, l'art. 1384, al. 1, a bien le caractère d'exception. De ce que le plus souvent les personnes qui s'y trouvent énumérées auraient pu prévenir le dommage, il *présume* qu'il en est toujours ainsi. Or tous les textes qui établissent des présomptions sont de nature exceptionnelle. Il s'ensuit que l'art. 1384, al. 1, doit être interprété strictement.

Nous parlerons successivement de la responsabilité qui incombe à une personne à raison du dommage causé par une autre et de la responsabilité qui lui incombe à raison du dommage causé par les choses qu'elle a sous sa garde.

(1) Besançon, 12 mars 1890, D. P., 91. 2. 95.

(2) Larombière, VII, p. 595 (art. 1384, n. 1); Sourdat, *op. cit.*, II, n. 751; Demolombe, XXXI, n. 558; Laurent, XX, n. 550; Planiol, II, 1re édit., n. 946, 2e, 3e et 4e édit., n. 907. — V. aussi Marcadé, V, sur l'art. 1382, I.

§ I. *De la responsabilité qui incombe à une personne à raison du dommage causé par une autre.*

2896. Celui qui est responsable du fait d'autrui ne peut jamais être condamné à une peine proprement dite, mais seulement à la réparation pécuniaire du dommage. C'est pourquoi l'on dit qu'il est *civilement* responsable.

Les cas de responsabilité du fait d'autrui sont indiqués par les alinéas 2, 3 et 4 de l'art. 1384 et par quelques dispositions particulières que nous mentionnerons plus loin.

I. *Quelles sont les personnes responsables du fait d'autrui.*

A. *Personnes visées par l'art. 1384.*

2897. Il résulte de l'art. 1384 que la responsabilité du fait d'autrui incombe à trois classes de personnes : 1° au père ou à la mère, à l'égard de leurs enfants mineurs, habitant avec eux; 2° aux maîtres et commettants, à l'égard de leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les emploient; 3° aux instituteurs et artisans à l'égard de leurs élèves et apprentis pendant qu'ils sont sous leur surveillance.

N° 1. *De la responsabilité des père et mère.*

2898. « *Le père et la mère après le décès du mari sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux* ». Ainsi s'exprime l'art. 1384, al. 2. Quel est le motif de cette disposition? La puissance paternelle implique un devoir d'éducation et, par conséquent aussi, un devoir de surveillance. Le père ou la mère, dont les enfants causent un dommage à autrui, sont considérés comme ayant manqué à ces devoirs. Bertrand de Greuille l'explique dans son *Rapport au Tribunat :* « Cette obligation, dit-il, se rattache à la puissance, à l'autorité que la loi accorde aux parents sur leurs enfants en minorité, aux devoirs qu'elle leur impose pour la perfection de leur éducation, à la nécessité où ils sont de surveiller leur conduite avec ce zèle, ce soin, cet

intérêt qu'inspirent tout à la fois et le désir de leur bonheur et la tendre affection qu'ils leur portent » (1).

2899. La responsabilité édictée par l'art. 1384, al. 2, s'étend, d'une façon générale, à tous ceux des actes des enfants mineurs que la surveillance des père et mère aurait pu prévenir (2).

Ainsi elle est engagée à la suite d'accidents causés par des amusements dangereux, entre des enfants du même âge, loin de la surveillance des parents (3).

De même les père et mère sont responsables des accidents que leurs enfants, qu'ils avaient autorisés à chasser, ont causés par leur imprudence, alors même qu'à raison de l'âge de ces enfants, ils n'aient commis eux-mêmes aucune imprudence en leur donnant cette autorisation (4). Cette responsabilité pèse sur eux bien que leurs enfants fussent porteurs de permis de chasse (5).

2900. Le père ayant seul l'exercice de la puissance paternelle pendant le mariage (art. 373), la mère ne saurait, en principe, du vivant de son mari, être déclarée responsable en vertu de l'art. 1384, al. 2 (6). Sa responsabilité ne pourrait être engagée que si l'on prouvait contre elle une faute personnelle (7). Voilà pourquoi le législateur dit : « ... et la mère *après le décès du mari* ».

Toutefois, au cas où le mari est décédé, il y aurait lieu d'assimiler celui où il est en état de démence, d'interdiction légale ou d'absence, soit déclarée, soit même simplement présumée.

(1) Fenet, XIII, p. 475; Locré, XIII, p. 41, n. 11.

(2) Sourdat, *op. cit.*, II, n. 838.

(3) Lyon, 30 mars 1854, S., 54. 2. 331, D. P., 55. 2. 1, et *Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 561-2°. — Nîmes, 13 mars 1855, S., 55. 2. 384, D. P., 55. 2. 161, D., *Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 561-1°. — Dijon, 19 janv. 1875, D. P., 76. 2. 70. — Lyon, 18 janv. 1894, S., 94. 2. 176, D. P., 95. 2. 207.

(4) Caen, 2 juin 1840, S., 40. 2. 538, D., *op. cit.*, v° *Responsabilité*, n. 580-1°. — V. en ce sens Larombière, VII, p. 626 (art. 1184, n. 24); Sourdat, *op. cit.*, II, n. 833.

(5) Paris, 13 janv. 1841, D., *Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 581-2°. — V. aussi Cr. cass., 5 nov. 1829, S. chr., IX. 1. 377, D., *Répert. alph.*, v° *Chasse*, n. 431.

(6) Req., 13 août 1877, S., 79. 1. 472, D. P., 79. 1. 182. — Trib. civ. Périgueux, 7 juillet 1902, *Gaz. trib.*, 13 août 1902.

(7) Bourges, 6 juin 1881, S., 82. 2. 249, D. P., 82. 2. 117.

Plus généralement, la responsabilité passe à la mère dans tous les cas où elle est investie de la puissance paternelle (1).

Il n'en est donc pas ainsi durant les voyages du mari (2).

Quand le père et la mère sont séparés de corps ou divorcés, la responsabilité incombe à celui d'entre eux auquel a été confiée la garde de l'enfant qui a causé le dommage (3).

2901. La disposition de l'art. 1384, al. 2, est applicable non seulement aux père et mère d'un enfant légitime, mais encore à ceux d'un enfant naturel reconnu. Le texte et l'esprit de la loi imposent cette solution. En effet le texte est général, et, de plus, la puissance paternelle appartient également aux père et mère naturels. Art. 383 (4).

Mais, comme l'énumération, que l'article 1384 donne des personnes civilement responsables, est essentiellement limitative, la mère naturelle, qui n'a pas reconnu son enfant, ne saurait être considérée comme responsable en vertu de ce texte, alors même que son nom figure sur l'acte de naissance de cet enfant, une pareille mention ne créant pas un lien légal (5).

2902. La loi subordonne à deux conditions la responsabilité dont nous parlons. Il faut : 1° que l'auteur du fait dommageable soit mineur; 2° qu'il habite avec ses père et mère.

1. « Par leurs enfants *mineurs* », dit l'art. 1384, al. 2. Emancipés ou non, car la loi ne distingue pas. D'ailleurs l'autorité morale, qui est la source de la responsabilité édic-

(1) Duranton, XIII, n. 716; Marcadé, V, sur l'art. 1384, II; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 756, note 1; Larombière, VII, p. 596 (art. 1384, n. 3); Demolombe, XXXI, n. 566; Laurent, XX, n. 554; Huc, VIII, n. 440, p. 583; Thiry, III, n. 206, al. 3, p. 227; Planiol, II, 1re édit., n. 949, 2e, 3e et 4e édit., n. 910.

(2) *Sic* Aubry et Rau, Laurent, Huc, *loc. cit.*; Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, I, p. 451; Sourdat, *op. cit.*, II, n. 830; Mourlon, II, n. 1692 *in fine*; Demolombe, XXXI, n. 570. — Cpr. Req., 16 août 1841, S., 41. 1. 751, D., *Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 566. — *Contra* Toullier, XI, n. 281; Marcadé, Larombière, *loc. cit.* — Nîmes, 20 mai 1858, S., 58. 2. 430.

(3) Vazeille, *Du mariage*, II, n. 427; Marcadé, Mourlon, Larombière, *loc. cit.*; Zachariæ, § 447, texte et note 2; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 758; Larombière, VII, p. 597 (art. 1384, n. 3, al. 4); Demolombe, XXXI, n. 568; Laurent, XX, n. 554, al. 3; Huc, VIII, n. 440, p. 583.

(4) Duranton, XIII, n. 715; Marcadé, Aubry et Rau, Larombière, Huc, *loc. cit.*; Zachariæ, § 447, note 2 *in fine*; Sourdat, *op. cit.*, II, n. 814 *in fine*; Demolombe, XXXI, n. 571; Laurent, XX, n. 554, al. final; Huc, VIII, n. 440, p. 583 *in fine*.

(5) Trib. simple police Nice, 15 juin 1907, *Gaz. Trib.*, 15 août 1907.

tée par notre article, survit à l'émancipation, et d'un autre côté les parents sont au moins coupables d'une grave imprudence, lorsqu'ils émancipent un enfant qui n'est pas digne de cette faveur (1).

On admet cependant que la responsabilité des parents cesse lorsque l'enfant mineur est émancipé par le mariage. En effet, s'il s'agit d'une fille, elle passe sous l'autorité de son mari, et, s'il s'agit d'un fils, il devient chef de famille; l'enfant est donc, dans l'un et l'autre cas, soustrait à la surveillance de ses parents, et la responsabilité de ceux-ci n'aurait plus de raison d'être (2).

2903. Lorsque l'enfant est majeur, les parents ne sauraient être déclarés responsables, alors même que l'auteur du fait dommageable serait atteint d'aliénation mentale. Vainement invoquerait-on à l'appui de l'opinion adverse un argument d'analogie; vainement dirait-on que le père ou la mère aurait dû provoquer l'interdiction de l'enfant. On ne saurait étendre une présomption légale hors des termes de la disposition qui l'établit. Il pourrait seulement y avoir lieu, dans ce cas, à la responsabilité édictée par les art. **1382** et **1383**, si l'on prouvait contre les parents l'existence d'une faute; mais la faute ne serait plus présumée (3).

Ajoutons que si, au cas de dommage causé par un enfant majeur, la faute du père ou de la mère ne peut pas être présumée en vertu du second alinéa de l'art. **1384**, elle peut l'être, au contraire, en vertu du troisième alinéa de ce même article, si l'auteur du délit ou du quasi-délit est le domestique ou le préposé de son père ou de sa mère (4).

(1) Duranton, XIII, n. 715; Marcadé, V, sur l'art. 1384, II, n. 1692; Colmet de Santerre, V, n. 365 *bis*-II; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 757, texte et note 4; Larombière, VII, p. 598 (art. 1384, n. 4, al. 2); Demolombe, XXXI, n. 578; Thiry, III, n. 206; Planiol, II, 1re édit., n. 949, 2e édit. et s., n. 940. — *Contra* Toullier, XI, n. 277; Laurent, XX, n. 558, al. 2; Huc, VIII, n. 440, p. 584 *in medio*.

(2) Toullier, Duranton, Marcadé, Colmet de Santerre, Aubry et Rau, Laurent, Huc, Thiry, Planiol, *loc. cit.*; Larombière, VII, p. 597 (art. 1384, n. 4 : Demolombe, XXXI, n. 577.

(3) Mourlon, II, n. 1692; Demolombe, XXXI, n. 575; Laurent, XX, n. 562 *in fine*. — Agen, 9 nov. 1864, S., 65. 2. 230. — Chambéry, 6 fév. 1874, S., 75. 2. 178; 29 oct. 1889, S., 91. 2. 10, D. P., 90. 2. 302.

(4) Toulouse, 7 sept. 1822, S. chr., VII. 2. 122.

2904. β. Il faut, en second lieu, que l'enfant habite avec ses père et mère (1). Disons plus exactement : qu'il doive habiter avec eux ; car le père ne pourrait pas se soustraire à la responsabilité édictée par notre article en consentant à ce que son enfant mineur résidât séparément de lui, ou, à plus forte raison, en le laissant vagabonder (2).

Il en serait autrement, si le père avait placé son enfant en condition (3), en apprentissage ou dans un établissement d'instruction comme interne (4), demi-pensionnaire ou même externe surveillé (5). L'obligation de surveiller l'enfant et par suite la responsabilité résultant du défaut de surveillance passeraient alors, du moins en principe, à la personne chez laquelle l'enfant a été placé, puisque nous supposons qu'il s'agirait d'une personne visée, elle aussi, par l'art. 1384 (6).

A plus forte raison la responsabilité des père et mère cesse-t-elle quand l'enfant est entré au service militaire, même

(1) La condamnation prononcée contre un père comme civilement responsable de la contravention commise par ses enfants mineurs n'est pas suffisamment justifiée s'il n'est pas constaté que ceux-ci habitaient avec lui au jour de la contravention. Crim. (cass. sur ce moyen), 25 juin 1903, D. P., 1905. 1. 62, *Pand. franç.*, 1904. 1. 227 (enfant qui a commis un vol au préjudice des patrons qui l'emploient et pendant qu'il est sous leur surveillance).

(2) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 757, note 2; Larombière, VII, p. 596 (art. 1384, n. 2, al. 3); Demolombe, XXXI, n. 580; Thiry, III, n. 206, al. 2. — Trib. paix Marseille, 27 janv. 1903, *Gaz. Pal.*, 1903. 1. 713.

(3) Metz, 13 nov. 1833, S., 36. 2. 224, D., *Rép. alph.*, v° *Forêts*, n. 462. — Bordeaux, 9 fév. 1839, S., 39. 2. 499. — Douai, 14 fév. 1894, S., 94. 2. 161, D. P., 95. 2. 381. — V. aussi D., *op. cit.*, v° *Responsabilité*, n. 568. — Montpellier, 12 fév. 1887 (enfant placé en qualité de commis dans une maison de commerce), S., 88. 2. 167, D. P., 88. 2. 19. — Trib. corr. Seine, 11 déc. 1903, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e semestre, 1904. 1. 314, *Droit*, 23 fév. 1904. — Trib. civ. Abbeville, 27 janv. 1905, *Gaz. Pal.*, 1906. 1. 30, D. P., 1906. 5. 16.

(4) Aix, 17 déc. 1870, D. P., 72. 2. 131. — Besançon, 30 juill. 1884, S., 85. 2. 44. — Limoges, 1er mai 1895, S., 99. 2. 139 en sous-note *b*.

(5) Agen, 23 juin 1869 (externe surveillé), S., 69. 2. 253, D. P., 70. 2. 223. — Pau, 2 juill. 1898, S., 99. 2. 137 (note de M. Perreau, en sens conforme), D., *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 565. — Alger, 1er déc. 1902, S., 1904. 2. 12. — V. cependant Req., 29 déc. 1831, S., 33. 1. 655.

(6) Delvincourt, III, p. 454; Duranton, XIII, n. 718; Sourdat, *op. cit.*, II, n. 817 et 818; Mourlon, *loc. cit.*; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 757-758; Larombière, VII, p. 396 (art. 1384, n. 2); Sourdat, *op. cit.*, II, n. 817 et 820; Demolombe, XXXI, n. 581-582; Laurent, XX, n. 562; Huc, VIII, n. 441; Thiry, III, n. 206, al. 2; Planiol, II, 1re édit., n. 949, 2e, 3e et 4e édit., n. 940; Récamier, *Recherches sur la responsabilité du fait d'autrui*, p. 128.

en qualité d'engagé volontaire [1], et, dans cette hypothèse, elle n'est remplacée par aucune autre responsabilité.

2905. La responsabilité du père ou de la mère, quant aux actes de leur enfant mineur, doit céder devant la preuve qu'ils ont été dans l'impossibilité de prévenir le fait dommageable commis par lui. C'est ce que dit formellement l'art. 1384, al. 5 : « *La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité* ».

« Cette preuve, dont l'appréciation appartient aux tribunaux, peut, comme le dit fort exactement la cour de Douai, dans un arrêt du 7 novembre 1893, résulter d'un ensemble de circonstances attestant que l'acte dommageable commis par l'enfant hors la présence du père *ne se rattache à aucune négligence ou faute quelconque, imputable à ce dernier* ». Spécialement le père qui, « retenu par les nécessités de sa profession hors de sa demeure..., a pris, pour assurer à ses enfants une éducation morale ou une surveillance continue, *toutes les précautions compatibles avec sa situation sociale...*, oblige ses enfants à fréquenter assidûment l'école, dans l'intervalle des classes... les fait surveiller par leur mère », ne saurait être déclaré responsable du dommage causé par un de ses enfants qui a incendié une meule de fourrages appartenant à un tiers, alors, d'une part, que l'enfant, au moment où il a commis cet acte, revenait de l'école et se trouvait à portée de la vue de sa mère, et que, d'autre part, rien ne prouve que les allumettes à l'aide desquelles il a mis le feu, provenaient de chez ses parents [2].

[1] Duvergier sur Toullier, XI, n. 259; Sourdat, *op. cit.*, II, n. 621; Mourlon, *loc. cit.*; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 758; Demolombe, XXXI, n. 585; Laurent, XX, n. 560, al. 2, et n. 563. — Cpr. Colmar, 30 avril 1863, S., 63. 2. 136, D. P., 63. 2. 81.

[2] S., 94. 1. 161, D. P., 94. 2. 159. — V. aussi Agen, 21 fév. 1866, S., 66. 2. 277. — Nancy, 8 août 1874, S., 74. 2. 301, D. P., 75. 2. 208. — Trib. civ. Nevers, 17 juill. 1906, *Gaz. Pal.*, 1906. 2. 304. — Jugé qu'un père n'est pas civilement responsable de la mort que son fils mineur a donnée en duel, alors qu'il ignorait la rencontre et ses causes et que, par conséquent, il ne pouvait rien faire pour l'empêcher. Toulouse, 7 déc. 1832, S., 33..3..620, D., *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 577-2°. — Jugé également que l'on ne saurait déclarer civilement

Ainsi qu'il résulte de cette décision, les père et mère ne cessent pas d'être responsables par cela seul qu'ils n'ont pu empêcher actuellement le fait dommageable (1). Ils demeurent soumis à la responsabilité toutes les fois que les écarts de leurs enfants peuvent être attribués soit « au relâchement de la discipline domestique » (2), soit, à plus forte raison, aux mauvais exemples donnés ou tolérés par eux-mêmes (3). Il a été jugé notamment qu'un père est civilement responsable du crime commis par son fils mineur habitant avec lui, lors même qu'atteint d'une maladie au moment du crime, il était dans l'impossibilité matérielle d'exercer la moindre surveillance, s'il est d'ailleurs établi qu'il a précédemment connu les désordres de cet enfant sans user des moyens qui étaient en son pouvoir pour les réprimer (4). A plus forte raison faut-il se prononcer dans le même sens si, tout en ayant d'ailleurs à s'adresser les mêmes reproches, le père, sans être malade, n'était pas présent au moment du crime (5).

Le père serait-il admis, pour faire excuser son défaut de

responsable des suites d'un accident de bicyclette causé par son fils le père d'un jeune homme de 17 ans n'ayant commis qu'une faute légère et n'étant pas connu pour être généralement imprudent ou maladroit; que le père ne doit pas être considéré comme ayant manqué à son devoir de surveillance en autorisant son fils à circuler seul à bicyclette. C. de just. civ. de Genève, 22 oct. 1898, S., 99. 4. 28. — V. pour d'autres applications Paris (ch. correct.), 18 juin 1902, *Gaz. Trib.*, 27 juillet 1902. — Trib. paix Gournay-en-Bray, 14 fév. 1902, *Rev. just. paix*. 1903, 451.

(1) Toullier, XI, n. 264; Duranton, XIII, n. 718; Marcadé, V, sur l'art. 1384, II; Sourdat, II, n. 835; Zachariæ, § 447, texte et note 6; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 759; Larombière, VII, p. 626 (art. 1384, n. 24. al. 2); Demolombe, XXXI, n. 586; Laurent, XX, n. 564; Huc, VIII, n. 443, p. 589; Hudelot et Metman, *Des oblig.*, 3e édit., p. 553. — Trib. civ. Bordeaux, 29 juillet 1903, *Journ. des arrêts de Bordeaux*, 1903. 2. 47.

(2) Bourges, 9 mars 1821, S. chr., VI. 2. 378, col. 3 *in fine*, D., *op.* et v° *cit.*, n. 579-1°. — Bordeaux, 1er avril 1829, S. chr., IX. 2. 242, D. P., 29. 2. 216.

(3) Bordeaux, 1er avril 1829, précité.

(4) Crim. rej., 29 mars 1827, S. chr., VIII. 1. 560, D., *op.* et v° *cit.*, n. 579-3°. — Jugé que le père ou la mère d'un mineur est responsable du délit commis par celui-ci hors de sa présence, alors même qu'étant malade, il ne pouvait se trouver dans la rue avec lui; qu'il suffit que ce mineur habite avec lui. Trib. de paix Lille, 23 mai 1906, D. P., 1906. 5. 61, col. 3 *in fine*, *Gaz. Trib.*, 1907, 1er semestre, 2. 42.

(5) Limoges, 10 janv. 1894, D. P., 95. 2. 141. — V. aussi Bordeaux, 23 janv. 1905, S., 1905. 2. 188.

surveillance, à soutenir que son enfant a des vices tels que l'éducation ne saurait les corriger? Non, si le naturel de cet enfant est vicieux, il y a une raison de plus pour le surveiller de près, et, en conséquence, le devoir et la responsabilité du père ne peuvent être que plus rigoureux (1).

2905 I. Le père ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'en la transférant à une des autres personnes indiquées par l'art. 1384, c'est-à-dire soit à un instituteur, soit à un patron, soit à un maître. S'il confie son enfant à tout autre individu, il demeure civilement responsable des dommages causés par lui et occasionnés par le défaut de surveillance. Tel est, par exemple, le cas lorsque l'enfant est en vacances, dans une autre localité, chez un parent ou un ami (2).

N° 2. *De la responsabilité des instituteurs et des artisans.*

2906. « *Les instituteurs et les artisans* [sont responsables] » *du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le* » *temps qu'ils sont sous leur surveillance* ». Art. 1384, al. 4. — La responsabilité des instituteurs et des artisans, de même que celle des père et mère, est fondée sur une présomption légale de faute. « Les instituteurs ou artisans remplacent alors les parents, dit Bertrand de Greuille; c'est que la loi leur délègue une portion d'autorité suffisante pour retenir les enfants ou ouvriers qui sont sous leur direction, dans les bornes de la circonspection et du devoir; c'est qu'ils doivent à ces enfants et ouvriers de bonnes instructions et de bons exemples; c'est qu'il faut qu'ils se garantissent de toute faiblesse envers eux, et c'est enfin qu'ils ont la faculté de renvoyer ceux d'entre ces enfants ou ouvriers qui leur paraissent pervers ou incorrigibles » (3). Si les élèves ou apprentis causent un dommage pendant qu'ils sont sous la surveillance des instituteurs ou artisans, ces derniers sont présumés n'avoir pas rempli leur devoir de direction et de surveillance (4).

(1) Liège, 19 mars 1870, D. P., 70. 2. 207, *Pasicrisie*, 70. 2. 293. — *Sic* Laurent, XX, n. 565.

(2) Dijon, 19 fév. 1875, D. P., 76. 1. 70.

(3) Fenet, XIII, p. 475 *in fine;* Locré, XIII, p. 42, n. 12.

(4) Demolombe, XXX, n. 603; Laurent, XX, n. 567. — Alger, 1er déc. 1902, S., 1904. 2. 12. — Un maître de pension doit être déclaré responsable de l'infirmité

2907. Toutefois, il faut relever entre la responsabilité des instituteurs ou artisans et celle des père et mère deux notables différences :

α. D'abord, vu la généralité de notre texte, il n'y a pas à distinguer si les élèves ou apprentis sont mineurs ou majeurs, tandis que la responsabilité des père ou mère n'existe qu'à l'égard de leurs enfants mineurs (1).

β. De plus, la responsabilité des instituteurs ou artisans est limitée au temps pendant lequel les élèves ou apprentis sont « *sous leur surveillance* ». Au contraire, celle des père et mère, de même que l'autorité d'où elle dérive, est continue.

2907 ι. Mais les instituteurs, comme les père et mère, cessent d'être responsables lorsqu'ils prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait dommageable. Art. 1384, al. 5 (2). Il faut, toutefois, bien entendu, en ce qui les concerne, interpréter cette proposition de la même façon que pour les parents. Nous renvoyons, par conséquent, à ce que nous avons dit relativement à ces derniers (3).

2908. Dans l'art. 1384, l'expression *instituteur* doit s'entendre de toutes les personnes chargées d'instruire, de diriger et de surveiller l'enfance ou la jeunesse. La disposition de cet article est applicable non seulement à ceux qui remplissent ces fonctions d'une façon permanente, notamment dans

contractée par un de ses élèves à la suite des mauvais traitements que ses camarades lui ont fait subir et de l'insuffisance des soins qu'il lui a donnés avant d'avertir ses parents. Paris, 12 nov. 1903, *Droit*, 30 janv. 1904. — V. aussi dans le même sens Trib. paix Paris, 10 avril 1907, *Gaz. Pal.*, 1907. 1. 515.

(1) *Sic* Duranton, XIII, n. 721; Larombière, VII, p. 648 (art. 1384, n. 16, al. 2; Laurent, XX, n. 566, al. 2; Huc, VIII, n. 441; Thiry, III, n. 206, p. 227 *in fine*. — *Contra* Sourdat, *op. cit.*, II, n. 877; Demolombe, XXXI, n. 607.

(2) V. des applications dans Nancy, 26 mai 1888, joint à Civ. (rej. sur le 2e moyen), 13 janv. 1890, S., 91. 1. 49, D. P., 90. 1. 145. — Trib. civ. Alais, 2 déc. 1903, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 172, *Droit*, 30 janv. 1904. — Lyon, 26 avril 1904 (accident occasionné par le jeu dit des « chars romains »), *Loi*, 30 juin 1904, *Mon. jud. Lyon*, 4 juin 1904. — Quand l'accident survenu à un enfant s'est produit en dehors des conditions normales du jeu auquel il se livrait *avec une soudaineté telle qu'il était impossible à la surveillance la plus assidue et la plus active de le prévoir et de l'empêcher*, ces circonstances sont exclusives de toute faute imputable à l'instituteur. Req., 9 juillet 1907, S., 1908. 1. 76, *Gaz. Pal.*, 1907. 2. 289, *Gaz. Trib.*, 1908, 1er semestre, 1. 26.

(3) V. *supra*, n. 2905.

un collège, un lycée, une pension ou un séminaire (1), mais encore à ceux qui sont simplement chargés de donner des leçons, pendant une ou quelques heures de la journée, à des enfants ou à des jeunes gens, lors même qu'ils les donneraient dans des conférences particulières (2).

D'éminents auteurs, il est vrai, sont d'avis qu'il faut distinguer suivant que les fonctions que nous venons d'indiquer sont permanentes ou momentanées. Ceux qui les remplissent ne seraient des instituteurs que dans le premier cas (3). Mais la loi ne fait point cette distinction, et même, en limitant expressément la responsabilité de l'instituteur au temps pendant lequel ses élèves se trouvent *sous sa surveillance*, elle montre bien que celle-ci peut être simplement temporaire (4).

Ainsi, dans l'art. 1384, le terme *instituteur* a un sens très large (5). On lit dans un arrêt de la cour de Grenoble, du 20 décembre 1901 : « Le caractère en grande partie professionnel d'un enseignement ne saurait être de nature à enlever au chef de la maison où cet enseignement est donné, la qualité d'instituteur et à le soustraire à la responsabilité civile inhérente à cette qualité, puisque le législateur a placé sur la même ligne l'instituteur au regard de ses élèves, et l'artisan au regard de ses apprentis, et que, dans les écoles professionnelles, l'instituteur est en quelque sorte doublé d'un artisan, et l'élève d'un apprenti ». Dans l'espèce, les élèves, en dehors des classes proprement dites, apprenaient les métiers d'agri-

(1) Doivent être considérés comme instituteurs, au sens de l'art. 1384 : les maîtres d'école ou instituteurs primaires, D. P., 1902. 2. 147, note 1-4; Paris, 31 mai 1892, D. P., 93. 2. 490; — les proviseurs de lycées, D. P., note précitée, Trib. civ. Seine, 8 mai 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 687; — les principaux des collèges communaux; D. P., note précitée. — Douai, 13 janv. 1880, S., 80. 2. 170, D. P., 81. 2. 82. — Paris, 16 janv. 1880, S., 80. 2. 169, D. P., 81. 2. 81, — les maîtres ou directeurs de pensionnats, D. P., note précitée. — Nancy, 26 mai 1888, et, sur pourvoi, Civ. (rej. sur le 2e moyen), 13 janv. 1890 (sol. impl., S., 91. 1. 49, D. P., 90. 1. 145.

(2) Larombière, VII, p. 610 (art. 1384, n. 17, al. 3).

(3) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 762; Sourdat, *op. cit.*, II, n. 875.

(4) Larombière, VII, p. 618-620 (art. 1384, n. 17); Demolombe, XXXI, n. 582; Laurent, XX, n. 567. — Cpr. les arrêts cité *supra*, p. 599, note 5.

(5) V. Léonce Thomas, *Etude de la loi des 20-25 juillet 1899*, *Rev. génér. du droit*, 1902, p. 138, n. 18, et note sous Bordeaux, 1er juill. 1908, D. P., 1908. 2. 250, col. 1.

culteur, de jardinier, de tailleur, de cordonnier, de maçon, de forgeron, de charpentier, de menuisier, d'ajusteur-mécanicien, etc... La cour, au début de son arrêt, dit fort bien : « Qu'il faut entendre par *instituteur* toute personne chargée de l'éducation ou de l'instruction d'enfants ou de jeunes gens, en même temps que de leur surveillance; que le législateur a certainement visé l'éducateur de la jeunesse plus encore que l'instructeur, car les faits dommageables dont il édicte la responsabilité découlent bien plus des défauts de l'éducation que des défauts de l'instruction » (1).

D'après la jurisprudence, la personne qui reçoit chez elle un enfant mineur pour s'occuper de son instruction, par exemple pour lui enseigner la langue allemande, en échange de ce que le père de ce mineur se charge du même soin à l'égard de son fils, par exemple en lui enseignant la langue française, est assimilée à un instituteur. Elle est donc responsable du dommage causé par ce mineur, tant qu'il reste confié à sa garde (2).

La cour de cassation estime que la responsabilité civile édictée par l'art. 1384, al. 4, pèse sur les directeurs et surveillants de patronages (3).

Mais l'art. 1384, al. 4, ne saurait s'appliquer aux professeurs de Facultés, ni aux autres professeurs dont les classes ou les cours sont suivis plutôt par de simples auditeurs que par des élèves proprement dits. Tout le monde est d'accord sur ce dernier point (4).

Il est également sans difficulté qu'on ne doit pas assimiler à des instituteurs les personnes qui se bornent à fournir à des élèves le logement et la nourriture (5). Mais, si elles leur don-

(1) Grenoble, 20 déc. 1901, S., 1906. 2. 125, D. P., 1902. 2. 147. — Doit être considéré comme un *instituteur*, dans le sens de l'art. 1384, le directeur d'un établissement pénitentiaire privé. — Trib. pol. corr. Bar-sur-Aube, 21 mars 1904, et sur appel, Paris, 15 juin 1904 (sol. implic.), S., 1907. 2. 4, *Gaz. trib.*, 1904, 2e semestre, 2. 451, *Droit*, 7 octobre 1904.

(2) Colmar, 14 juin 1830, S. chr., IX. 2. 454, D., *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 705. — V. dans le même sens Sourdat, *loc. cit.*

(3) Req., 9 juill. 1907, S., 1908. 1. 76. — V. cependant *infra*, n. 2910 I.

(4) Larombière, VII, p. 620 (art. 1384, n. 17, al. 6); Demolombe, XXXI, n. 583.

(5) Larombière, VII, p. 620 (art. 1384, n. 17, dern. al.).

naient, en outre, des leçons ou répétitions particulières, l'art. 1384 devrait recevoir son application (1).

2909. L'art. 1384 a reçu une modification grave en ce qui concerne les instituteurs publics (2). L'instituteur public n'a ni le choix de son local, ni celui de son personnel, ni celui de ses élèves. Dans ces conditions la responsabilité que lui infligeait l'art. 1384, responsabilité dont la jurisprudence avait fait des applications extrêmement rigoureuses (3), a paru exorbitante. Elle a été atténuée dans une très large mesure, sur la demande des instituteurs eux-mêmes, par une loi du 20 juillet 1899, *sur la responsabilité des membres de l'enseignement public,* qui a ajouté à l'art. 1384 un alinéa ainsi conçu : « *Toutefois, la responsabilité civile de l'Etat est substituée à celles des membres de l'enseignement public* » (4). Les explications qui ont été données par le rapporteur de la loi à la chambre des députés, M. Samary (5), et par le rap-

(1) Larombière, *loc. cit.*

(2) Les écoles militaires préparatoires sont des établissements d'enseignement public, auxquels s'applique la disposition de l'art. 1384, modifiée par la loi du 20 juillet 1899, et, par suite, en ce qui les regarde, les actions en responsabilité dirigées contre l'Etat doivent être portées devant les tribunaux judiciaires et non devant le conseil d'Etat. — Cons. d'Et., 7 août 1905, *Gaz. trib.,* 1906, 1er semestre, 2. 55, S., 1907. 3. 109, D. P., 1907. 3. 56. — Il en est de même des écoles pratiques d'agriculture, qui sont, aux termes de la loi du 30 juillet 1875, des établissements d'enseignement professionnel agricole dont le directeur est un fonctionnaire, membre de l'enseignement public. Paris, 11 janv. 1906, *Gaz. trib.*, 1906, 1er semestre, 2. 220, *Loi,* 31 mai 1906, *Mon. jud. Lyon,* 23 mars 1906.

(3) V. le cas de M. Leblanc, directeur de l'école de Fontenay-sous-Bois. Le tribunal de la Seine, par un jugement du 23 janvier 1892, fondé uniquement sur les termes de l'art. 1384, le déclara responsable de la mort d'un de ses élèves survenue à la suite d'une rixe entre trois enfants de l'école, dans l'intérieur de celle-ci. Le malheureux directeur perdit la raison. D. P., 99. 4. 86, note 4, al. 7 à 9. — On trouvera ce jugement, et l'arrêt infirmatif, rendu le 31 mai 1892, par la cour d'appel de Paris, sur l'appel interjeté par le procureur général, dans S., 99. 2. 138-139, en sous-note *(a),* D. P., 93. 2. 490. — V. aussi, comme autres décisions peu justifiées, Limoges, 1er mai 1895, S., 99. 2. 139, en sous-note *(b);* Trib. civ. Seine, 8 mai 1895, D. P., 96. 2. 472, *Gaz. Trib.,* 18 mai 1895. — V. encore, pour plusieurs autres renvois, S., *Lois annotées,* 1900, p. 953, *Note,* col. 3.

(4) V. l'historique de cette loi dans l'*Annuaire de la législation française,* xixe année (1900), p. 126-130. — V. pour le commentaire de cette loi, Léonce Thomas, *Etude de la loi des 20-25 juillet 1899, Rev. gén. du droit,* 1902. — V. une application dans Trib. civ. Autun, 13 janv. 1904, *Droit,* 30 janv. 1904.

(5) *Journ. off.,* Ch. des dép., *doc. parl,,* session ordinaire 1898, annexe 3096, p. 780, col. 2, D. P., 99. 4. 85, note 1, 1re et 2e col.

porteur de la loi au sénat, M. Thézard (1), sont nécessaires pour en comprendre le sens. La responsabilité dont on a entendu exonérer les instituteurs publics est celle édictée par l'art. 1384 et qui a sa source dans une présomption légale de faute. Mais l'instituteur public demeure soumis à la responsabilité de droit commun, celle des art. 1382 et 1383, qui a sa source dans une faute ou même dans une simple négligence dont la preuve est fournie (2), et il peut, de ce chef, être recherché par l'Etat agissant contre lui par une action récursoire, après avoir été attaqué lui-même par celui qui a subi le dommage (3). La situation respective de l'instituteur public et de l'Etat a été réglée de la même manière que celle d'un préposé à l'égard de son commettant, et il est certain que ces deux situations présentent une grande analogie.

L'Etat étant déclaré responsable, l'action en responsabilité devrait, d'après les règles du droit commun, être de la compétence des tribunaux administratifs. Mais la loi précitée du 20 juillet 1899 a voulu maintenir la compétence établie à l'époque où l'Etat n'était pas responsable, celle du juge de paix ou du tribunal de première instance, suivant l'importance du litige. V. l'art. 2 de la loi.

2909 I. La loi du 20 juillet 1899 a eu pour seul objet de substituer la responsabilité de l'Etat à celle que l'art. 1384, al. 4, fait peser sur l'instituteur (4). Elle n'a modifié en

(1) *J. off.* Sénat, *doc. parl.*, session ordinaire 1899, annexe 23, p. 60. — V. aussi séance du sénat du 21 mars 1899, *J. off.* du 22 mars 1899, *Déb. parl.*, Sénat, p. 322-323, D. P., 99. 4. 87, note 1, col. 1 et 2.

(2) Léonce Thomas, *op. cit.*, n. 19, p. 140-144, et note sous Bordeaux, 1er juil. 1908, D. P., 1908. 2. 250-251; Sourdat, *op. cit.*, II, n. 883 *ter*; Planiol, II, 1re édit., n. 949-3° *a*, 2e, 3e et 4e édit., n. 910-3° *a*. — Crim. rej., 11 août 1905, S., 1905. 1. 429, D. P., 1908. 1. 350, *Gaz. Pal.*, 1905. 2. 630. *Gaz. Trib.*, 1906, 1er semestre, 1. 97. — Paris, 11 juil. 1906, *Gaz. Trib.*, 1906, 1er sem., 2. 220. — Trib. civ. Toulouse, 13 déc. 1906, D. P., 1907. 5. 21, *Loi*, 22 janv. 1907, *Mon. jud. Lyon*, 28 janv. 1907. — Trib. civ. Blaye, 8 mai 1907, joint à Bordeaux, 1er juin 1908, D. P., 1808. 2. 251 (note de M. Léonce Thomas). — Paris, 4 juil. 1907, D. P., 1908. 5. 6, *Gaz. Pal.*, 1907. 2. 358.

(3) Avis de la Commission des finances du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, session ordinaire 1899, annexe n. 59, p. 84. — V. Léonce Thomas, *op. cit.*, n. 23, p. 336-337.

(4) Si la victime d'un accident occasionné par un élève à un autre élève pendant son séjour à l'école, actionne en responsabilité, en même temps que l'Etat, substi-

aucune façon le principe de la responsabilité qui résulte de ce texte. D'où ces importantes conséquences : 1° la responsabilité de l'Etat a lieu à moins qu'il ne prouve qu'il n'a pu empêcher le fait dommageable (1); 2° elle n'est engagée que dans les cas où les élèves se trouvent légalement sous la surveillance de l'instituteur, c'est-à-dire quand le fait dommageable se produit pendant les heures de classe ou de récréation prévues par les règlements administratifs. Il en est donc autrement lorsque la surveillance est simplement volontaire, notamment lorsque l'instituteur a, de son initiative, organisé des cours d'adultes ou lorsque, le dimanche, il laisse l'école ouverte aux enfants et aux jeunes gens (2); 3° cette responsabilité, pendant que l'enfant est sous la surveillance de l'instituteur, exclut celle du père (3); 4° l'Etat n'est pas responsable quand le dommage est causé à un élève et non par un élève à un tiers. La loi du 20 juillet 1899, en effet, a eu seulement pour but d'exonérer l'instituteur de toute responsabilité à raison des fautes commises par des élèves qu'il n'a pas choisis. Dans l'hypothèse qui nous occupe, l'art. 1382 peut seul servir de base à l'action en responsabilité, et cette action ne peut, d'ailleurs, être admise que si une faute personnelle est précisée à la charge de l'instituteur (4).

tué à l'instituteur par la loi du 20 juillet 1899, la commune, sur le motif que celle-ci aurait commis une faute qui aurait rendu possible le fait dommageable, il lui incombe de prouver que la commune a commis une faute engageant sa responsabilité. — Alger, 1er déc. 1902, S., 1904. 2. 12.

(1) Trib. civ. Toulouse, 30 janvier 1908, *Gaz. Trib. Midi*, 29 mars 1908. — L'Etat ne peut faire cette preuve « qu'en établissant que l'accident est le résultat d'un cas fortuit qu'aucune surveillance de l'instituteur n'a pu empêcher ». — Alger, 1er déc. 1902, précité. — Sa responsabilité ne saurait être engagée à raison de l'acte violent et dommageable commis inopinément, dans une école communale, par un enfant sur la personne d'un autre enfant, pendant que l'instituteur, faisant une démonstration au tableau, était dans l'impossibilité de surveiller en même temps ses élèves. Trib. civ. Marseille, 12 mars 1907, *Jurispr. civ. Marseille*, 1907, 283.

(2) V. la réserve formulée expressément en ce sens par le ministre de l'instruction publique, au Sénat, dans la séance du 21 mars 1899, *J. off.* du 22 mars 1899, p. 322, D. P., 99. 4. 87, note 1, col. 2.

(3) Alger, 1er déc. 1902, précité. — Montpellier, 20 mars 1908, *Mon. jud. Midi*, 10 mai 1908.

(4) Trib. civ. Seine, 17 nov. 1905, *Gaz. Trib.*, 1906, 1er sem., 2. 146, *Loi*, 5 juin 1906, *Mon. jud. Lyon*, 12 juin 1906. — Paris, 4 juillet 1907, D. P., 1908. 5. 6. — V. toutefois en sens contraire Léonce Thomas, *op. cit.*, n. 24, p. 343-344.

Rien n'est changé à la responsabilité qui incombe à l'instituteur privé : elle demeure régie par l'ancien art. 1384.

2909 II. La loi du 20 juillet 1899 n'a pas donné les résultats qu'on espérait. Elle a occasionné un accroissement notable du nombre des actions en responsabilité formées par des parents à raison d'accidents d'école : de 1899 à 1905, la direction de l'enseignement primaire a dû soutenir 47 procès de cette nature. Or les préfets, représentants de l'Etat, n'ont pas manqué d'exercer un recours contre les instituteurs lorsqu'on pouvait reprocher à ces derniers une faute lourde ou une imprudence grave. De plus, sous l'empire de cette loi, les parents ont souvent agi contre l'Etat et contre les instituteurs conjointement. Ils craignaient que l'Etat ne leur opposât une fin de non-recevoir tirée de ce que l'instituteur, au moment où l'accident s'était produit, n'accomplissait pas un service réglementaire. Le seul moyen d'échapper à ce danger était d'assigner les instituteurs en même temps que l'Etat, en invoquant contre les premiers les dispositions des articles 1382 et 1383, et contre le second la nouvelle disposition de l'article 1384. Ainsi, d'une façon ou d'une autre, les instituteurs, la plupart du temps, étaient condamnés, et la réforme de 1899 ne leur profitait guère (1).

Cette situation a inspiré plusieurs propositions de loi, et d'abord celle de M. Pierre Dupuy, député, déposée dans la séance du 27 mars 1905 (2), et celle de M. Henri Michel, également député, déposée dans la séance du 27 mai de la même année (3), tendant l'une et l'autre à faire modifier le texte de l'art. 1384 en ce qui regarde la responsabilité des instituteurs (4).

La commission de la réforme judiciaire et de la législation

(1) V. de Monzie, *La responsabilité civile des instituteurs, Rev. pol. et parl.*, 12e année (1905), tome XLIV (avril-mai-juin), 258-259.

(2) Ch. des dép., *Doc. parl.*, 1905, session ordinaire, Annexe 2349, p. 368-369.

(3) Ch. des dép., *Doc. parl.*, 1905, session ordinaire, Annexe 2468, p. 550, 3e col. *in fine*, et p. 551.

(4) V., sur ces deux propositions de loi, E.-H. Perreau, *Chronique législative de droit civil*, § 6 *Responsabilité des instituteurs, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, LVe année, 1906, nouv. série, t. XXXV, p. 308-314.

civile et criminelle a été chargée de les examiner, et M. Jean Cruppi, au nom de cette commission, dans la séance du 5 février 1906, a fait un rapport et a soumis à la Chambre une proposition de loi dont voici les termes : « Art. 1er. Le paragraphe 4 de l'art. 1384 du Code civil est ainsi modifié : « Les instituteurs, à l'exception de ceux de l'enseignement public, et les artisans sont responsables du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant tout le temps qu'ils sont sous leur surveillance ». — « Art. 2. L'Etat est civilement responsable du dommage causé par les élèves de l'enseignement public *pendant tout le temps qu'ils se trouvent réglementairement à l'intérieur ou dans les dépendances de l'école et pendant tout le temps qu'en dehors de l'école ils sont placés effectivement sous la surveillance de leurs professeurs ou instituteurs;* la faute présumée qui rend ainsi l'Etat responsable existe aussi bien lorsque l'élève a causé un dommage à un tiers *que lorsqu'il s'est accidentellement causé un dommage à lui-même.* L'Etat pourra s'exonérer de cette responsabilité en prouvant qu'il a été impossible d'empêcher le fait qui donne lieu à la responsabilité ». — « Art. 3. L'Etat est aussi civilement responsable du dommage causé aux élèves de l'enseignement public dans le temps fixé à l'article précédent, lorsqu'il sera *établi que le dommage a été causé par la faute, la négligence, l'imprudence du professeur ou de l'instituteur* ou par suite du mauvais état du matériel ». — « Art. 4. L'action en responsabilité contre l'Etat sera portée devant le tribunal civil ou le juge de paix du lieu où le dommage aura été causé, et dirigée contre le préfet du département; elle devra être introduite dans un délai de trois ans à compter du jour de l'accident. — *Dans aucun cas, l'instituteur ne pourra être mis en cause par la partie lésée,* mais, dans tous les cas où il sera prouvé que le dommage causé est imputable à une faute personnelle *et lourde* de l'instituteur, l'Etat pourra exercer un recours contre lui à l'effet de se faire garantir contre les condamnations prononcées, *mais seulement lorsqu'elles seront devenues définitives* ». — « Art. 4. Dans le cas où le dommage serait la conséquence du mauvais état des locaux ou du matériel, l'Etat pourra appeler en

garantie, conformément aux règles du droit commun, l'individu ou l'administration qui était chargée de la construction ou de l'entretien de ces locaux. — Lorsque l'accident sera survenu au cours d'une œuvre annexée à l'école et créée par un département, une commune, une société privée ou l'instituteur lui-même, l'Etat pourra également exercer un recours contre ces derniers ». — « Art. 5. La loi du 20 juillet 1899 est abrogée » (1).

Mais ces propositions de loi devinrent caduques par l'expiration des pouvoirs de la Chambre des députés.

Enfin, au début de la législature actuelle, MM. Pierre Dupuy, Constant Dulau, François Arago et Charles Guernier, députés, ont, dans la séance du 14 juin 1906, présenté une nouvelle proposition de loi sur la responsabilité des membres de l'enseignement. L'urgence a été déclarée, et la proposition renvoyée à la commission de la réforme judiciaire et de la législation civile et criminelle. Cette proposition, qui, d'ailleurs, sur plusieurs points reproduit les dispositions de celle qui avait été présentée au nom de ladite commission, est cependant plus complète et plus précise. Nous croyons devoir la transcrire à peu près intégralement : « Art. 1er. — L'art. 1384 du Code civil est modifié comme il suit : — « Art. 1384. — On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses qu'on a sous sa garde. — Les maîtres et commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques ou préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. — Le père et la mère, après le décès du mari, sont responsables de leurs enfants mineurs habitant chez eux. — Les artisans, du dommage causé par leurs apprentis pendant tout le temps qu'ils sont sous leur surveillance. — La responsabilité des père, mère, artisans, a lieu à moins qu'ils ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. — Les instituteurs sont responsables du dommage causé par leurs élèves pendant le

(1) Ch. des dép., *Doc. parl.*, 1906, session ordinaire, Annexe 2962, p. 46-50.

temps qu'ils sont sous leur surveillance. — Cette responsabilité a lieu, à moins que l'instituteur ne prouve *que sa surveillance a été sérieuse et régulière* ». — « Art. 2. — *L'Etat est responsable du dommage causé par les élèves de l'enseignement public pendant tout le temps qu'ils se trouvent sous la surveillance des professeurs ou instituteurs.* — Sont considérées comme heures réglementaires non seulement les heures de scolarité légale, *mais encore celles pendant lesquelles fonctionnent les œuvres complémentaires de l'école.* — La faute présumée qui rend ainsi l'Etat responsable existe aussi bien lorsque l'élève a causé un dommage à autrui *que lorsqu'il s'est accidentellement causé un dommage à lui-même.* — L'Etat pourra s'exonérer de cette responsabilité en prouvant *que la surveillance de son préposé a été sérieuse et régulière* ». — « Art. 3. — L'Etat est également responsable du *dommage causé aux élèves de l'enseignement public dans le temps fixé à l'article précédent, lorsque le dommage a été causé par la faute, la négligence, l'imprudence du professeur ou de l'instituteur* ou par suite du mauvais état du matériel ou des locaux scolaires ». — « Art. 4. (Les deux premiers alinéas de cet article reproduisent textuellement le premier alinéa de l'article 4 de la proposition précédente)... *Dans aucun cas le professeur ou l'instituteur ne pourra être mis en cause par la partie lésée ;* toutefois lorsqu'il sera prouvé que le dommage causé est imputable à une faute personnelle et *lourde* de celui-ci, l'Etat pourra exercer un recours contre lui à l'effet de se faire garantir contre les condamnations prononcées, *mais seulement lorsqu'elles seront devenues définitives* ». — « Art. 5. — Dans le cas où le dommage serait la conséquence du mauvais état des locaux ou du matériel, l'Etat pourra appeler en garantie, conformément aux règles du droit commun, l'individu ou l'administration chargé des locaux ou du matériel ». — « Art. 6. — Lorsque l'accident sera survenu au cours d'une œuvre complémentaire de l'école créée par un département, une commune, une société privée ou sans l'assentiment de l'autorité académique, par l'instituteur lui-même, l'Etat pourra exercer un recours contre ces derniers ». — « Art. 7. — Un règlement d'administration publique

déterminera les conditions d'application de la présente loi ». — « Art. 8. — La loi du 20 juillet 1899 est abolie » (1).

On voit quelles sont les principales des innovations que cette proposition tend à réaliser : 1° la partie lésée ne pourrait *jamais* former directement une action en dommages-intérêts contre l'instituteur de l'enseignement public ; 2° il suffirait à l'Etat, pour s'exonérer de la responsabilité, d'établir que la surveillance de son préposé a été *sérieuse et régulière ;* 5° l'Etat ne réussirait dans son recours contre l'instituteur que s'il prouvait à la charge de celui-ci l'existence d'une faute *lourde*.

La proposition déposée le 14 juin 1906 par MM. Pierre Dupuy et autres présente en outre, si on la compare aux précédentes, une particularité fort importante au point de vue pratique. Il s'agit d'une modification dont bénéficieraient les instituteurs de l'enseignement libre : désormais, pour s'exonérer de la responsabilité, au lieu d'avoir à prouver, comme le veut actuellement la jurisprudence, qu'il leur a été matériellement impossible d'empêcher le fait dommageable, ils n'auraient qu'à établir que leur surveillance a été *sérieuse et régulière*.

2910. La responsabilité édictée par l'al. 4 de l'art 1384 ne s'applique pas aux directeurs d'établissements d'aliénés. Elle est, en effet, de stricte interprétation comme étant fondée sur une présomption de faute. Aucun texte ne décide qu'elle pèsera sur les personnes dont nous parlons maintenant. Voilà qui est décisif. Les directeurs d'établissements d'aliénés pourront bien être déclarés responsables du fait de leurs pensionnaires, mais seulement par application des principes écrits dans les art. 1382 et 1383, en d'autres termes si l'on peut relever contre eux une faute personnelle (2).

2910 r. Il se peut qu'un individu, bien qu'il ne rentre pas dans les termes de l'art. 1384, al. 4, encoure une responsabilité comme surveillant d'enfants. C'est ce qui a été jugé

(1) Chambre des députés, *Doc. parl.*, 1906, session ordinaire, Annexe 85, p. 550-551.

(2) *Sic* Sourdat, *op. cit.*, II, n. 875 *bis;* Laurent, XX, n. 568. — *Contra* Agen, 16 mars, *op. cit.*, 1872, S., 73. 2. 113, D. P., 72. 2. 153.

notamment pour un ecclésiastique conduisant des enfants au catéchisme [1] et pour le directeur d'un patronage d'enfants [2]. Mais, dans ce cas, il s'agit d'une responsabilité fondée sur les dispositions des art. 1382 et 1383, et le demandeur est tenu de prouver une faute à la charge du surveillant [3].

2910 II. Au sens de l'art. 1384, al. 4, doit être considéré comme *apprenti* celui qui, sous la direction d'un maître, apprend un art ou un métier, et il faut entendre par patron ou *artisan* celui qui s'est chargé d'enseigner à l'apprenti ce métier ou cet art [4].

La responsabilité que l'art. 1384 édicte à l'encontre de l'artisan est strictement limitée au dommage causé par un véritable apprenti, et ne saurait être étendue à celui qui a pour auteur un employé, non apprenti, cet employé fût-il encore mineur [5].

Spécialement les rapports d'un chef d'usine avec ses jeunes ouvriers ne sont point les mêmes que ceux d'un artisan avec ses apprentis. La responsabilité qui est susceptible de peser sur un chef d'usine à raison des méchancetés et attentats dont les jeunes ouvriers peuvent avoir été victimes de la part de camarades, n'est pas celle de l'art. 1384, mais bien celle de l'art. 1382; elle suppose donc la démonstration d'une faute personnelle du chef d'usine [6].

Toutefois la cour de cassation de Belgique a décidé, par un arrêt du 27 avril 1885, que les apprentis dont l'artisan est civilement responsable en vertu de l'art. 1384, ne sont pas exclusivement ceux qui sont liés envers lui par un véritable contrat d'apprentissage, et qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement, d'après les circonstances, si les

(1) Trib. paix Blois, 7 mars 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 587, *Loi*, 5 mai 1904.

(2) Trib. civ. Seine, 3 nov. 1905, *Gaz. Trib.*, 1906, 1er semestre, 2. 144, *Loi*, 31 mai 1906, *Mon. jud. Lyon*, 10 avril 1906.

(3) Mêmes décisions. — V. toutefois, en ce qui concerne le directeur d'un patronage, *supra*, n. 2908.

(4) Huc, VIII, n. 442, p. 588. — Trib. civ. Agen, 2 mars 1905, *Loi*, 5 avril 1905, *Mon. jud. Lyon*, 18 avril 1905.

(5) Trib. civ. Agen, 2 mars 1905, précité.

(6) Huc, VIII, n. 442 *in fine*. — Liège, 16 décembre 1891, *Belgique judic.*, 92. 246.

conditions dans lesquelles un jeune homme travaille chez un patron sont celles d'un apprenti [1].

N° 3. *Responsabilité des maîtres et des commettants.*

2911. « *Les maîtres et les commettants* (sont responsables) *du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* ». Art. 1384, al. 3. Cette responsabilité est fondée, elle aussi, sur une présomption légale de faute; mais la faute consiste ici, non plus, comme dans le cas précédent, à avoir mal surveillé ou mal dirigé la personne qui a commis le fait dommageable, mais à l'avoir choisie à la légère [2].

Ainsi mon cocher, en conduisant ma voiture, cause un accident : un passant est blessé. Je suis civilement responsable parce que j'ai eu tort de prendre pour cocher un homme qui n'avait pas les qualités requises pour remplir cette fonction [3].

De même la responsabilité d'un propriétaire est engagée à raison des délits ou quasi-délits commis par son concierge, dès lors que celui-ci agit comme son préposé [4].

Le maître ou le commettant ne peut même pas échapper à la responsabilité que l'art. 1384 lui inflige en prouvant qu'il lui a été impossible d'empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. La loi, en effet, ne réserve pas ici la preuve contraire, comme elle le fait pour les père et mère, instituteurs et artisans. Cpr. art. 1384, alinéa final. Au surplus la portée de ce silence a été très nettement déterminée par Bertrand de Greuille dans son *Rapport au Tribunat*. Après avoir dit que les père et mère, instituteurs ou artisans cessent d'être responsables quand ils réussissent à prouver qu'il leur a été impossible d'empêcher le fait dommageable, il ajoute :

(1) *Pasicr.*, 85. 1. 133.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 365 *bis*-VII; Demolombe, XXXI, n. 610; Laurent, XX, n. 570; Huc, VIII, n. 444; Planiol, II, 1re édit., n. 949-5°, 2e édit., n. 910-5°, 3e et 4e édit., n. 911.

(3) Paris, 27 mars 1866, S., 66. 2. 359.

(4) Paris, 16 juin 1896, S., 96. 2. 208, D. P., 96. 1. 312. — V. aussi Trib. civ. Lyon, 8 mai 1885, joint à Lyon, 21 janv. 1887, S., 87. 1. 104. — V. en outre les décisions citées *infra*, n. 2914, texte et notes.

« Il n'en est pas de même des maîtres et des commettants. Ils ne peuvent, *dans aucun cas,* argumenter de l'impossibilité où ils prétendraient avoir été d'empêcher le dommage causé par leurs domestiques ou préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés, et le projet les assujettit *toujours* à la responsabilité la plus entière et la moins équivoque. Cette disposition... ne présente rien que de très équitable. N'est-ce pas, en effet, le service dont le maître profite qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer? *N'a-t-il pas à se reprocher d'avoir donné sa confiance à des hommes méchants, maladroits ou imprudents?* Et serait-il juste que des tiers demeurassent victimes de cette confiance inconsidérée, qui est la cause première, la véritable source du dommage qu'ils éprouvent » (1). La différence que nous relevons n'est donc pas contestable (2).

Le maître ou le commettant serait responsable même du fait dommageable que le domestique ou le préposé aurait commis non seulement à son insu et sans son ordre, mais aussi malgré sa défense la plus formelle. Le motif de la loi conduit à cette solution, car la circonstance que nous supposons maintenant ne fait point disparaître la faute dont le maître ou le commettant s'est rendu coupable en choisissant mal son domestique ou son préposé (3).

(1) Fenet, XIII, p. 476; Locré, XIII, p. 42, n. 14.

(2) Maleville, sur l'art. 1384, III; Toullier, XI, n. 283; Duranton, XIII, n. 724; Marcadé, V, sur l'art. 1384, III; Sourdat, *op. cit.*, II, n. 903 et 918; Colmet de Santerre, V, n. 365 *bis*-VII; Zachariæ, § 447, note 6 *in fine;* Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, p. 24, § 628, note 7; Aubry et Rau, *op. cit.*, IV, p. 761; Larombière, VII, p. 627 (art. 1384, n. 25); Demolombe, XXXI, n. 611; Laurent, XX, n. 570; Huc, VIII, n. 444; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 818 *in medio;* Planiol, II, 1re édit., n. 950, 2e édit., n. 911, 3e et 4e édit., n. 912. — Civ. cass., 25 nov. 1813, S. chr., IV, 1, 475, D., *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 695-1°. — Crim. cass., 11 juin 1836, S., 37. 1. 452, D., *loc. cit.* — Civ. cass., 11 mai 1846, S., 46. 1. 364, D. P., 46. 1. 192. — Amiens, 4 déc. 1846, S., 47. 2. 237. — Paris, 15 août 1847, S., 47. 2. 483; 15 mai 1851, S., 51. 2. 359, D. P., 52. 2. 240; 8 oct. 1856, S., 57. 2. 445. — Crim. cass., 30 août 1860, S., 60. 1. 1013. — Dijon, 23 avril 1869, S., 69. 2. 148, D. P., 69. 2. 94. — Trib. empire d'Allemagne, 11 déc. 1885 (motifs), S., 87. 4. 18. — V. cep. Trib. de Moulins, 8 janv. 1887 (motifs), S., 87. 2. 173.

(3) Demolombe, XXXI, n. 612. — Cpr. Toullier, XI, n. 284; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 759; Larombière, VII, p. 603 (art. 1384, n. 8, al. 5). — Crim. cass., 3 déc. 1846, S., 47. 1. 304, D. P., 47. 4. 422, et *Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 698-2°.

2912. Pour que l'art. 1384, al. 3, soit applicable, il faut que l'auteur du dommage soit vraiment le *préposé* de la personne qu'il s'agit de déclarer civilement responsable (1).

Ainsi que nous l'avons vu en déterminant le motif de la responsabilité des commettants, un individu ne peut être considéré comme le préposé d'un autre que s'il a été choisi par celui-ci pour les fonctions qu'il remplit. Mais, d'après la jurisprudence, une autre condition est nécessaire. Un individu n'a le caractère de préposé que lorsque celui qui l'a choisi pour certaines fonctions peut lui donner, relativement à elles, *des ordres et des instructions* : « Attendu, dit la cour suprême, que la responsabilité que l'art. 1384 C. civ. fait peser sur les commettants ne suppose pas seulement qu'ils ont choisi leurs préposés, mais encore que les commettants ont le droit de donner aux préposés des ordres et des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles ces derniers sont employés; que c'est ce droit qui fonde l'autorité et la subordination sans lesquelles il n'y a pas de véritable commettant » (2).

(1) Doit être cassé l'arrêt qui, pour condamner une personne à des dommages-intérêts comme civilement responsable, se borne à déclarer la responsabilité civile de cette personne, sans faire connaître si l'auteur du fait dommageable était son préposé et si, au moment où ce fait s'est produit, il se trouvait dans l'exercice des fonctions auxquelles il était employé par son commettant. Crim. cass., 2 avril 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 584.

(2) Civ. cass., 25 oct. 1886, S., 87. 1. 457, D. P., 87. 1. 225. — On trouve également cette proposition dans Req., 4 fév. 1880, S., 80. 1. 463, D. P., 80. 1. 392. — Civ. cass., 5 janv. 1891, S., 92. 1. 247, D. P., 92. 1. 7, *Gaz. Pal.*, 91. 1. 98. — Crim. cass., 30 oct. 1902, S., 1902. 1. 544, *Pand. franç.*, 1903. 1. 148, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 580. — V. aussi Crim. rej., 10 nov. 1859, S., 60. 1. 185, D. P., 60. 1. 49. — Req., 17 mai 1865, S., 65. 1. 327, D. P., 65. 1. 373. — Lyon, 25 fév. 1867, S., 67. 2. 353, D. P., 68. 2. 109. — Crim. cass., 30 nov. 1875, S., 76. 1. 91, D. P., 76. 1. 415. — Pau, 1er juin 1896, S., 97. 2. 308. — Trib, corr. Seine, 9 janv. 1907, *Loi*, 27 fév. 1907, *Mon. jud. Lyon*, 8 mars 1907. — Trib. civ. Seine, 6 fév. 1907, D. P., 1907. 5. 38, *Gaz. Trib.*, 1907, 2e semestre, 2. 141. — Req., 6 août 1907, S., 1908. 1. 281, *Gaz. Pal.*, 1907. 2. 356, *Gaz. Trib.*, 1908, 1er semestre, 1. 72. — — Crim. rej., 8 mai 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 696. — Doit être considéré comme un simple préposé de l'entrepreneur, et non pas comme un sous-traitant, celui qui s'est chargé de certains travaux pour le compte de cet entrepreneur, sous sa direction et sa surveillance à la condition de suivre ses instructions, d'obtempérer à ses ordres, et de remettre le jour de la paie et avant de passer à la caisse, une attestation signée de tous les ouvriers, certifiant que ces derniers l'autorisent à toucher leurs salaires. Cass., 4 mars 1903, S., 1903. 1. 471. — Une société

Ainsi l'armateur qui a donné en location à une compagnie de navigation un navire avec son équipage, ne saurait être déclaré civilement responsable du dommage causé par la faute du capitaine de ce navire, si, durant le temps de la location, l'équipage et le navire étaient placés sous l'autorité de la compagnie locataire et que l'armateur n'avait ni ordres ni instructions à donner au capitaine. Celui-ci, en effet, au moment où il a commis le fait dommageable, n'était pas le préposé de l'armateur (1).

Autre application, empruntée aussi à la jurisprudence : Les médecins et chirurgiens des hôpitaux, étant désignés au concours et n'étant, quant à la pratique de leur art, soumis ni à l'autorité ni au contrôle de l'assistance publique, ne sont pas les préposés de cette administration. Celle-ci doit, en conséquence, être mise hors de cause quand elle a été actionnée comme civilement responsable des suites d'une opération pratiquée dans un hôpital (2). De même les médecins que les compagnies de chemins de fer chargent de soigner leurs agents blessés ou malades ne sont pas les préposés de ces compagnies. Elles ne peuvent, en effet, leur donner ni des ordres ni des instructions en ce qui regarde la pratique de leur art. Il s'ensuit qu'elles n'encourent aucune responsabilité à raison des conséquences des traitements prescrits par eux, traitements dont elles n'ont eu ni la direction ni la surveillance (3).

D'après la jurisprudence, la condition dont nous parlons est essentielle. C'est ainsi qu'un patron n'est pas responsable du dommage causé par celui qui est habituellement son préposé, quand ce dernier, tout en étant dans l'exercice de ses fonctions et en se servant des objets appartenant à son patron, agit, dans la circonstance, sous les ordres d'un tiers (4).

d'exploitation de voitures automobiles qui s'est engagée à transporter un voyageur et à lui fournir à cet effet un mécanicien est responsable de l'accident imputable à l'inexpérience de celui-ci. Trib. com. Seine, 13 mars 1905, *Loi*, 5 avril 1905, *Mon. jud. Lyon*, 18 avril 1905.

(1) Civ. cass., 5 janv. 1891, précité.

(2) Trib. civ. Seine, 6 juil. 1906, *Gaz. Pal.*, 1906. 2. 334.

(3) Grenoble, 29 oct. 1901, D. P., 1904. 2. 300.

(4) Trib. civ. Seine, 21 nov. 1906, *Gaz. Trib.*, 1907, 1er semestre, 2. 154

Mais, en sens inverse, le maître peut être déclaré responsable du fait de son domestique sur lequel il a conservé le droit de surveillance et d'autorité, bien qu'il l'ait mis momentanément à la disposition d'un tiers [1].

Il n'est pas nécessaire, d'ailleurs, que le préposé soit salarié par le commettant. Un restaurateur a été avec raison déclaré civilement responsable des blessures reçues par une personne que son chasseur, monté à bicyclette, avait renversée dans la rue. Peu importait que ce chasseur n'eût pour tout salaire que les gratifications des clients. Il n'en avait pas moins la qualité d'employé [2].

2913. La jurisprudence, approuvée par la plupart des auteurs, décide que l'ouvrier ou l'entrepreneur qui travaille sous sa propre responsabilité ne doit pas être considéré comme le préposé de celui qui l'emploie. Il n'est pas, en effet, à l'égard de ce dernier dans un état de dépendance [3].

Laurent fait l'objection suivante : Puisque la responsabilité des commettants résulte simplement de ce qu'ils sont en faute d'avoir mal choisi leurs préposés, elle doit s'appliquer dans notre cas. Peu importe que celui qui a traité avec l'ou-

(1) Crim. rej., 8 mai 1908, précité. — V. aussi Crim. rej., 3 avril 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 509.

(2) Paris, 11 fév. 1904, *Droit*, 9 août 1904, *Mon. jud. Lyon*, 19 janv. 1905.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 761 *in fine;* Demolombe, XXXI, n. 622; Sourdat, *op. cit.*, II, n. 890; Huc, VIII, n. 444, p. 589 *in fine*, et p. 590; Planiol, II, 1re édit., n. 949-5°, 2e édit., n. 910-5°, 3e et 4e édit., n. 911 *bis:* Hudelot et Metman, *op. cit.*, n. 461, p. 470. — Douai, 25 juin 1841, S., 42. 2. 49, D. *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 613. — Paris, 24 nov. 1842, S., 42. 2. 521, D., *op.* et v° *cit.*, n. 611-2°; 15 avril 1847, S., 47. 2. 283, D., *op.* et v° *cit.*, n. 611-3°. — Crim. cass., 20 août 1847, S., 47. 1. 855, D., *op.* et v° *cit.*, n. 611-1°. — Orléans, 22 nov. 1847, S., 47. 1. 855 à la note. — Crim. rej., 10 nov. 1859, S., 60. 1. 185, D. P., 60. 1. 49. — Lyon, 20 janv. 1863, S., 64. 2. 1, D. P., 63. 2. 199. — Req., 17 mai 1865, S., 65. 1. 326, D. P., 65. 1. 372. — Douai, 26 déc. 1865, S., 66. 2. 123, D. P., 66. 2. 237. — Bourges, 23 janv. 1867, S., 67. 2. 110, D. P., 67. 2. 197. — Dijon, 25 fév. 1867, D. P., 68. 2. 109. — Lyon, 25 fév. 1867, S., 67. 2. 353, D. P., 67. 2. 197. — Dijon, 7 août 1868, S., 68. 2. 315, D. *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 756. — Req., 4 fév. 1880, S., 80. 1. 463, D. P., 80. 1. 392. — Pau, 12 juin 1893, S., 97. 2. 14; 27 nov. 1895, S., *ibid.:* 1er juin 1896, S., 97. 2. 308. — Lyon, 3 fév. 1897, S., 97. 2. 301. — Civ. cass., 11 juil. 1899, D. P., 1900. 1. 436. — Nancy, 10 nov. 1900 (2 espèces), D. P., 1901. 2. 417. — Poitiers, 6 août 1906, *Gaz. Pal.*, 1906. 2. 236. — V. aussi Req., 29 mai 1900, D. P., 1901. 1. 265.

vrier ou l'entrepreneur ne puisse pas le diriger. Il l'a mal choisi : cela suffit pour engager sa responsabilité (1).

Huc répond avec raison que cette objection repose sur une équivoque. Lorsqu'un ouvrier est le préposé de la personne qui l'emploie, cette personne, comme tout autre commettant, est civilement responsable en vertu de l'art. 1384, al. 3, et il en est ainsi alors même qu'elle n'a pas dirigé cet ouvrier. « Mais là n'est pas la question ; il s'agit de savoir si *tout individu choisi* a la qualité de *préposé*. Or, la négative est certaine. Celui-là seul est préposé que le maître *pourrait* diriger. Peu importe qu'*en fait* il le dirige ou ne le dirige pas. Si le rapport de subordination n'existe pas, la responsabilité doit cesser » (2). Or, précisément, nous supposons que celui qui a choisi l'ouvrier *ne pouvait pas* le diriger et qu'il n'y avait pas rapport de subordination.

Au contraire, celui qui a confié le travail à l'ouvrier ou à l'entrepreneur serait civilement responsable s'il s'en était réservé la direction ou la surveillance (3).

2913 I. Les commettants sont responsables non seulement des faits de leurs préposés proprement dits, mais encore de ceux des sous-préposés que ces derniers ont choisis en vertu d'une délégation par eux donnée.

Il a été jugé, en conséquence, que la commission administrative d'un hospice d'aliénés devait être déclarée civilement responsable des actes délictueux commis sur un interné par des gardiens choisis par le préposé responsable, quand elle a délégué à celui-ci le droit de recruter lesdits gardiens (4).

(1) Laurent, XX, n. 578. — Cpr. Larombière, VII, p. 605-607 (art. 1384, n. 10).

(2) Huc, VIII, n. 444 *in fine*. — V. aussi Bruxelles, 31 oct. 1888, *Pasicrisie*, 89. 2. 133.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 762; Huc, VIII, n. 445. — Paris, 30 janv. 1864, S., 64. 2. 3. — Req., 17 mai 1865, S., 65. 1. 327, D. P., 65. 1. 373. — Angers, 16 mars 1868, S., 68. 2. 315. — Req., 10 nov. 1868, S., 69. 1. 127, D. P., 69. 1. 133 ; 1er juin 1874, D. P., 74. 1. 385. — Crim. rej., 30 déc. 1875, D. P., 76. 1. 415. — Toulouse, 10 janv. 1876, D. P., 77. 1. 41. — Chambéry, 23 déc. 1878, S., 79. 2. 173. — Req., 14 mars 1879, D. P., 80. 1. 43. — Douai, 6 mars 1883, D. P., 85. 2. 135. — Civ. rej., 15 janv. 1889, S., 89. 1. 74, D. P., 89. 1. 49.

(4) Trib. corr. Tours, 25 fév. 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e semestre, 1. 372, *Droit*, 17 mars 1904, *Loi*, 5 avril 1904, *Mon. jud. Lyon*, 8 avril 1904. — V. aussi Cass., 4 mars 1903, S., 1903. 1. 471.

2914. La responsabilité édictée par l'art. 1384, al. 3, est limitée aux faits accomplis par les domestiques ou préposés « *dans les fonctions auxquelles ils ont été employés* ». La faute que suppose la responsabilité dont nous traitons consiste, en effet, à avoir confié à des domestiques ou préposés des fonctions qu'ils ne pouvaient pas remplir convenablement. Cette responsabilité ne peut donc pas être engagée à propos de faits étrangers à ces fonctions (1).

Mais ces expressions « dans les fonctions auxquelles ils ont été employés » ne signifient pas que les faits à raison desquels les maîtres et commettants peuvent être déclarés civilement responsables doivent constituer l'exercice même des fonctions des domestiques ou des préposés. La condition exigée par la loi se rencontre lorsque les faits dommageables ont été accomplis soit dans l'exercice de ces fonctions (2), soit même à l'occasion de cet exercice (3), et alors même que le dommage résulte d'un abus desdites fonctions (4).

C'est ainsi qu'un propriétaire a été déclaré civilement responsable des condamnations prononcées contre son concierge à raison de propos diffamatoires dont celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions, s'est rendu coupable envers un locataire (5) ou envers un propriétaire voisin (6).

(1) Il est, par conséquent, indispensable que la décision qui prononce une condamnation contre une personne comme civilement responsable, fasse connaître qu'au moment où le fait dommageable s'est produit, son auteur se trouvait dans l'exercice des fonctions auxquelles il était employé par son commettant. Crim. cass., 2 avril 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 584.

(2) Les compagnies de chemins de fer sont responsables des agissements des facteurs quelles emploient dans leurs gares. Cette responsabilité existe même après l'achèvement du contrat de transport, notamment lorsque, à l'arrivée, il s'agit de porter les bagages des voyageurs de la salle des bagages sur les voitures stationnant dans les cours des gares. Trib. com. Marseille, 2 mai 1904, *Rec. Marseille*, 1904. 1. 250.

(3) Sic Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 761; Larombière, VII, p. 604 (art. 1384, n. 8, al. 2); Laurent, XX, n. 583-585; Huc, VIII, n. 449. — Trib. civ. Agen, 2 mars 1905, *Loi*, 5 avril 1905, *Mon. jud. Lyon*. 18 avril 1905. — *Contra* Mourlon, II, n. 1694. — Cpr. Demolombe, XXXI, n. 615.

(4) Crim. cass., 12 décembre 1903, S., 1906. 1. 150, D. P., 1904. 1. 70, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 140; 23 mars 1907, D. P., 1907. 1. 351.

(5) Lyon, 4 déc. 1887, S., 89. 2. 31. — Trib. civ. Seine, 2 fév. 1889, S., 89. 2. 159.

(6) Paris, 16 juin 1896, S., 96. 2. 208, D. P., 96. 2. 312. Dans l'espèce, la diffamation avait été commise par le concierge alors qu'il faisait visiter, pour le louer,

De même le concierge qui a reçu d'un locataire les clefs de l'appartement de ce dernier avec mission de le faire visiter en vue d'une location, est passible de dommages-intérêts s'il use de ces clefs pour introduire dans cet appartement des personnes afin de leur permettre d'assister au défilé d'un cortège, et le propriétaire est civilement responsable de cet acte [1].

un appartement dans la maison confiée à sa garde. — *Adde* Trib. paix Paris (14e arr.), 5 avril 1906 (fait par un concierge à qui on demandait des renseignements sur le compte d'un locataire à l'occasion d'un mariage projeté par celui-ci, de les avoir fournis non seulement défavorables, mais dans des termes injurieux et diffamatoires), *Loi*, 10 avril 1906, *Mon. jud. Lyon*, 18 avril 1906. — Trib. paix Paris (14e arr.), 10 mai 1906 (propos injurieux ou diffamatoires tenus par un concierge sur le compte d'un locataire de la maison, notamment en disant à un fournisseur qui vient encaisser le montant de sa facture, que ce locataire doit à tout le monde), *Loi*, 15 mai 1906, *Mon. jud. Lyon*, 23 mai 1906. — La responsabilité civile du propriétaire est engagée à raison des injures proférées par son concierge sur le seuil même de la porte de son immeuble. Paris, 29 mai 1906, *Gaz. Trib.*, 2e semestre, 2. 157.

(1) Trib. de paix de Paris, 7 nov. 1895, D. P., 96. 2. 206. — V. pour d'autres cas de responsabilité civile pour faits dommageables commis par des concierges, Paris, 30 juin 1883 (permission donnée par un concierge à son fils de s'installer dans l'appartement d'un locataire momentanément absent et d'y établir un atelier), D. P., 87. 2. 87, note 1; 20 juillet 1889 (injures adressées à un locataire par le concierge, qui vaquait à un acte de son emploi), D. P., 90. 2. 112. — Trib. civ. Seine, 21 mars 1896 (fait par un concierge de refuser des lettres en déclarant faussement et à plusieurs reprises qu'il ne connaissait pas la nouvelle adresse du destinataire), D. P., 96. 2. 224. — Trib. paix Paris, 15 fév. 1907 (refus par un concierge de recevoir la correspondance d'un locataire en déclarant au facteur que celui-ci est inconnu dans la maison ou fait par le concierge de dérober ou faire disparaître cette correspondance), *Loi*, 17-18 fév. 1907. — Trib. civ. Seine, 23 mars 1907 (remise tardive d'un télégramme à un locataire), *Gaz. Trib.*, 1907, 2e semestre, 2. 349. — Trib. civ. Seine, 5 juil. 1905 (réception par un concierge de télégrammes adressés à un locataire qui ne l'avait pas autorisé à les accepter), D. P., 1906. 5. 15, *Gaz. Pal.*, 1905. 2. 591, *Loi*, 2 janv. 1906. — Trib. simple police Paris, 5 avril 1906 (lacération et destruction par un concierge des prospectus d'une maison de commerce à lui envoyés pour être remis aux locataires), *Gaz. Pal.*, 1906. 1. 441. — Paris, 29 juil. 1881 (moyens vexatoires employés par le concierge pour nuire à un locataire et l'entraver dans l'exercice de sa profession), S., 81. 2. 188. — Trib. civ. Seine, 9 mai 1882 (fait par le concierge de ne pas avoir indiqué alors qu'il la connaissait et qu'elle lui était demandée, la nouvelle adresse d'un locataire qui avait déménagé), S., 83. 2. 21 (note). — Paris, 4 janv. 1861, espèce analogue, *Gaz. Trib.*, 10 janv. 1861. — Paris, 5 mai 1903 (refus par un concierge de laisser les clients d'un locataire, avocat ou agent d'affaires, monter par le grand escalier, alors que l'usage de l'escalier de service était réservé aux fournisseurs et aux domestiques), D. P., 1904. 2. 120. — Trib. paix Paris, 14e arr., 25 oct. 1906 (fait par le concierge de ne pas distribuer les lettres tant aux locataires qu'aux personnes qu'il sait habiter chez les locataires et fait de ne pas ouvrir la porte de la maison à toute heure du jour ou de la nuit, non seulement aux locataires eux-mêmes,

Il a été jugé aussi que l'art. 1384, al. 3, peut être invoqué contre une compagnie de chemin de fer à raison du délit de contrebande commis par un de ses employés, quand ce délit n'a été possible qu'à raison de ses fonctions (1).

Pareillement la responsabilité d'un entrepreneur de messageries est engagé, en vertu de l'art. 1384, par les faits d'immixtion dans le transport des lettres qui sont commis par un de ses voituriers (2).

De même encore il a été décidé que le propriétaire d'un bois est civilement responsable de l'homicide par imprudence commis par son garde au cours d'une battue organisée dans ce bois par l'autorité administrative, lorsqu'il est prouvé que c'est en sa qualité de garde et pour constater les délits qui pourraient être commis, que l'auteur du dommage assistait à la battue (3).

On peut également citer une décision judiciaire qui considère la responsabilité d'un maître comme engagée par suite d'un crime odieux commis par son cocher sur un enfant qu'il avait été chargé de conduire à la pension (4).

mais encore aux personnes qui fréquentent les locataires, quand elles sont connues du concierge et qu'il sait où elles vont), D. P., 1907. 5. 13, *Loi,* 29 oct. 1906, *Mon. jud. Lyon,* 6 nov. 1906. — Trib. civ. Seine, 25 juil. 1907 (fait par le concierge d'une maison habitée par deux locataires exerçant la même profession de conseiller aux clients de l'un de s'adresser à l'autre et d'apposer même sur la porte de l'un la carte de l'autre avec l'adresse de celui-ci), *Gaz. Pal.,* 1907. 2. 515, *Gaz. Trib.,* 1907, 2e semestre, 2. 471. — Paris, 24 janv. 1907 (vol commis au préjudice d'un locataire et par suite de la négligence du concierge et de son défaut de surveillance), *Gaz. Trib.,* 1907, 2e semestre, 2. 192. — Trib. paix Paris, 12 oct. 1905 (vol, dans le garage de la maison, de la bicyclette d'un locataire), *Gaz. Trib.,* 9 nov. 1905. — Trib. civ. Seine, 8 mai 1906 (espèce analogue), *Gaz. Trib.,* 1906, 2e semestre, 2. 117, *Loi,* 18 juin 1906, *Mon. jud. Lyon,* 23 juin 1906. — Trib. civ. Seine, 15 nov. 1905 (meurtre commis, dans un moment d'égarement, par un concierge en ayant l'idée de maintenir l'ordre dans l'immeuble dont il avait la garde), *Gaz. Trib.,* 21 nov. 1905. — Trib. corr. Seine, 18 mars 1908 (délit de complicité d'escroquerie commis par un concierge en recevant, en connaissance de cause, des marchandises qu'un tiers s'est fait livrer à crédit sous le nom d'un locataire et en les remettant à ce tiers), D. P., 1908. 5. 37, *Gaz. Trib.,* 2 mai 1908.

(1) Lyon, 1er juil. 1872, S., 73. 2. 42, D. P., 73. 2. 157. — Crim. rej., 22 mars 1907, S., 1907. 1. 473, *Pand. franç.,* 1907. 1. 165.

(2) Lyon, 21 nov. 1864, S., 66. 2. 361.

(3) Rouen, 1er mars 1893, S., 93. 2. 215. — Rapprochez Paris, 19 mai 1874, S., 76. 2. 271, D. P., 74. 2. 214.

(4) Trib. civ. Seine, 28 mai 1872, D. P., 73. 3. 7.

L'application suivante mérite aussi d'être signalée : une compagnie d'assurances est responsable des sommes détournées par une personne qui était à son service et dont la qualité d'agent général était de nature à faire croire qu'elle avait reçu de la compagnie un mandat général pour les affaires traitées par elle. Peu importe que cette personne ait excédé son mandat tel qu'il était déterminé par le titre de sa nomination et les statuts de la compagnie (1).

Enfin voici une décision également fort notable. Le propriétaire d'une voiture automobile est civilement responsable de l'accident causé par le fait du mécanicien préposé par lui à la conduite de cette voiture, alors même que ce mécanicien, ayant reçu de lui l'ordre de reconduire l'automobile au garage, s'en est servi pour faire une promenade d'agrément au cours de laquelle l'accident a eu lieu (2).

2915. Mais les maîtres et commettants ne sont pas civilement responsables quant aux délits ou quasi-délits qui ne se rattachent pas à l'exercice des fonctions de leurs domestiques ou préposés. C'est ainsi que leur responsabilité ne saurait être engagée par suite des injures ou des voies de fait dont un domestique s'est rendu coupable hors de son service (3).

(1) Req., 23 oct. 1905, D. P., 1906. 1. 16, *Pand. franç.*, 1906. 1. 95.

(2) Crim. cass., 12 déc. 1903, D. P., 1904. 1. 70, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 140. — Crim. rej., 23 mars 1907, D. P., 1907. 1. 351, *Pand. fr.*, 1907. 1. 199, *Gaz. Pal.*, 1907. 1. 463. — V. pour d'autres applications de notre principe, Paris, 15 avril 1847, S., 47. 2. 283, D., *Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 188-6°; 15 mai 1851, S., 51. 2. 359, D. P., 52. 2. 240. — Orléans, 21 déc. 1854, S., 55. 2. 661. — Paris, 8 oct. 1856, S., 57. 2. 445. — Crim. cass., 30 août 1860, S., 60. 1. 1013, D. P., 60. 1. 513. — Paris, 3 fév. 1873, D. P., 74. 5. 434. — Caen, 23 juin 1875, D. P., 78. 5. 407. — Civ. rej., 28 juil. 1886 (2 arrêts), D. P., 87. 1. 37. — Trib. paix Paris, 2 janv. 1902, *Droit*, 15 janv. 1902, *Mon. jud. Lyon*, 9 janv. 1902.

(3) Merlin, *Répert.*, v° *Délit*, n. 9; Toullier, XI, n. 286 s.; Duranton, XIII, n. 724; Zachariæ, § 447, note 6; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 761; Larombière, VII, p. 603-604 (art. 1384, n. 9); Demolombe, XXXI, n. 616-618; Laurent, XX, n. 585; Huc, VIII, n. 449, p. 599. — Crim. cass., 6 juin 1811, S. chr., III, 1. 355. — Paris, 19 mai 1848, S., 48. 2. 299, D. P., 48. 2. 146, D., *Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 624. — Req., 5 juin 1861, S., 62. 1. 151, D. P., 61. 1. 439. — Req., 10 mai 1865, S., 65. 1. 327, D. P., 65. 1. 335. — Paris, 19 mai 1874, S., 75. 2. 36, D. P., 74. 2. 214; 15 déc. 1898, *Gaz. Trib.*, 99, 2e semestre, 1. 408. — Caen, 8 janv. 1902, *Loi*, 15 avril 1902, *Mon. jud. Lyon*, 15 avril 1902. — Req., 20 déc. 1904, S., 1905. 1. 173, D. P., 1905. 1. 16. — Trib. civ. Abbeville, 27 janv.

Le juge ne peut donc pas, pour prononcer une condamnation contre une personne comme civilement responsable en vertu de l'art. 1384, se borner à déclarer cette responsabilité sans faire connaître si l'auteur du fait dommageable était le préposé de cette personne et si, au moment où ce fait s'est produit, il était dans l'exercice de ses fonctions. La décision qui ne renferme pas ces constatations doit être cassée (1).

2915 I. Mais quand peut-on dire qu'un préposé est ou n'est pas dans l'exercice des fonctions auxquelles il est employé? Sur ce point les auteurs ne sauraient poser de règle ni formuler des présomptions dont le législateur ne parle pas. Il s'agit d'une pure question de fait; elle est donc abandonnée à l'appréciation des juges du fond (2).

Empruntons quelques exemples à la jurisprudence : un maître, dont le domestique a blessé un tiers d'un coup de fusil, ne doit pas être déclaré civilement responsable du dommage résultant de ce fait, quand le domestique a dû, pour se procurer l'arme et les munitions dont il a fait usage, s'introduire dans une chambre où il n'était pas appelé par son service et ouvrir un meuble qui ne lui appartenait pas (3). Pareillement un maître n'encourt aucune responsabilité lorsque son domestique quitte les travaux auxquels il est employé dans une maison, pour mettre, en l'absence de celui-là, le feu à la toiture, d'où l'incendie s'est ensuite communiqué à la maison voisine, et que ce domestique reprend ensuite lesdits travaux (4). Un propriétaire ne peut pas davantage être considéré comme civilement responsable de ce que son garde particulier adresse au parquet une dénonciation d'un prétendu délit de chasse qui aurait été commis sur un terrain

1905, *Gaz. Pal.*, 1906. 1. 30. — Paris, 13 mai 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 2. 32. — V. cep. Paris, 7 oct. 1856 (maître déclaré civilement responsable de ce fait que son concierge avait excité et facilité la débauche d'une fille mineure, en recevant pour elle des lettres corruptives et en introduisant des jeunes gens dans sa loge), S., 57. 2. 445. — Mais cette décision est critiquée à juste titre. — V. Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXXI, n. 618; Ballot, *Rev. prat. de dr.*, II, 1856, p. 313.

(1) Crim. cass., 2 avril 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 584.

(2) Laurent, XX, n. 585, p. 622 *in fine*.

(3) Douai, 14 fév. 1894, S., 94. 2. 161, D. P., 95. 2. 381.

(4) Req., 3 mars 1884, S., 85. 1. 21, D. P., 85. 1. 63.

non confié à sa garde [1]. Par application du même principe, un greffier n'est pas civilement responsable de la nullité d'une surenchère reçue hors du greffe, par un commis-greffier, si celui-ci était attaché à la police correctionnelle, et non à la rédaction des actes civils [2]. De même la responsabilité des notaires ne saurait être engagée en raison des détournements de fonds commis par leurs clercs, la réception des dépôts d'argent ne rentrant pas dans les attributions de ces derniers [3].

On trouvera dans les recueils beaucoup d'autres applications intéressantes [4].

2915 II. Si les maîtres et commettants sont civilement responsables du dommage causé par leurs domestiques ou préposés lorsque, dans l'exercice, même abusif, de leurs fonctions, ces derniers peuvent être réputés avoir agi pour le compte de leurs maîtres ou commettants, il n'en est plus ainsi lorsque les domestiques ou préposés ont été considérés par la victime de l'acte dommageable comme agissant pour son compte personnel.

Nous trouvons dans la jurisprudence l'exemple suivant: En principe le propriétaire d'une automobile est responsable de l'accident causé par suite d'une collision, à un tiers qui se trouvait dans sa voiture, conduite par un mécanicien à son service. Peu importe que ce mécanicien ait fait sortir l'automobile sans autorisation et même au mépris d'une défense formelle. Mais cette responsabilité cesse dans le cas où, en acceptant de monter dans la voiture, le tiers a entendu se confier au mécanicien, son camarade, et non au préposé du propriétaire, de sorte que la personnalité de ce dernier a été étrangère à sa détermination [5].

2915 III. Nous n'avons pas besoin de faire observer que, si le commettant ne peut pas être déclaré civilement responsa-

(1) Paris, 10 mai 1872, S., 73. 2. 8, D. P., 74. 5. 435.

(2) Montpellier, 2 fév. 1875, S., 75. 2. 139.

(3) Bordeaux, 12 janv. 1881, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1881, p. 38, *Journ. des not.*, n. 22645.

(4) V. notamment Douai, 12 janv. 1903, S., 1904. 2. 298.

(5) Crim. cass., 12 déc. 1903, S., 1906. 1. 150, D. P., 1904. 1. 70, *Gaz. Pal.*, 1904, 1. 140.

ble en vertu de l'art. 1384, lorsque le préposé n'était pas, au moment où il a causé le dommage, dans l'exercice de ses fonctions, sa responsabilité peut, en pareil cas, être engagée par application de l'art. 1382 ou de l'art. 1383, lorsque la perpétration du fait dommageable a été provoquée ou facilitée par sa faute personnelle (1).

2916. Les règles posées par l'art. 1384, al. 3, quant à la responsabilité civile des maîtres et commettants, souffrent une double dérogation qui résulte de l'art. 206 C. forest., dont voici les termes : « Les maris, pères et tuteurs, et en général *tous maîtres et commettants*, seront civilement responsables des délits et contraventions commis par leurs femmes, enfants mineurs et pupilles, demeurant avec eux et non mariés, ouvriers, voituriers et autres subordonnés, sauf tout recours de droit. — *Cette responsabilité sera réglée conformément au paragraphe dernier de l'art. 1384 du Code civil* ». La cour de cassation entend ces dispositions ainsi qu'il suit : « Attendu que l'art. 206 C. forest., § 1er, détermine quelles sont les personnes civilement responsables des délits que ce code réprime; qu'il ajoute à l'énumération que contient l'art. 1384 C. civ. et soumet les maîtres et commettants à la responsabilité de leurs domestiques et préposés *sans la restreindre au cas où les délits auraient été commis dans les fonctions auxquelles ces domestiques et préposés étaient employés;* — Attendu que les maîtres et commettants, *soumis à une responsabilité aussi étendue que celle qui est appliquée par l'art. 1384 C. civ. aux père, mère, instituteurs et artisans, doivent jouir de l'exception, admise à l'égard de ceux-ci, par la dernière disposition dudit art. 1384,* laquelle est relative au cas où ils prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à la responsabilité; que le dernier paragraphe de l'art. 206 C. forest. a pour objet d'appliquer à toutes les personnes précédemment désignées le bénéfice de cette exception; que cet article est général et absolu et ne fait aucune distinction quant à l'application de ces règles » (2).

(1) Limoges, 5 déc. 1860, S., 61. 2. 9, D. P., 67. 5. 368.
(2) Crim. rej., 9 janv. 1845, S., 45. 1. 549, D. P., 45. 1. 86.

Ainsi : 1° les maîtres et commettants sont responsables des délits forestiers commis par leurs domestiques et préposés, alors même que ces délits n'ont pas été commis dans les fonctions auxquelles ces derniers étaient employés; 2° ils peuvent, — mais seulement si les délits dont il s'agit ont été commis par les domestiques ou préposés hors de leur service, — se soustraire à la responsabilité en prouvant qu'ils ont été dans l'impossibilité d'empêcher le fait dommageable.

2917. La disposition de l'art. 1384, al. 3, étant conçue en termes généraux, doit s'appliquer, en principe au moins, à tous les commettants.

Mais peut-elle être invoquée contre l'Etat?

On s'accorde aujourd'hui à déterminer ainsi les conditions dans lesquelles se pose la question : 1° elle est étrangère au dommage résultant de fautes commises dans l'accomplissement des actes de puissance publique. L'art. 1384, al. 3, ne lui est certainement pas applicable (1); 2° la difficulté n'existe pas davantage en ce qui regarde le dommage causé injustement par les actes faits au nom de l'Etat personne privée. Ici, au contraire, il n'est pas douteux que la responsabilité de l'Etat est régie par le texte précité. Il faut donc se placer exclusivement au point de vue des fautes commises dans l'accomplissement d'actes de gestion ayant pour but l'exécution d'un service public.

Anciennement la cour de cassation s'est prononcée bien des fois pour l'affirmative, sans distinguer d'ailleurs entre les actes de puissance publique et les actes de gestion. On lit dans un arrêt de la chambre civile, du 1er avril 1845 : « Attendu, en droit, que les règles posées par les art. 1382, 1383 et 1384 C. civ. sont applicables, sans exception, dans tous les cas où un fait quelconque de l'homme cause à autrui un dommage produit par la faute de son auteur; que l'Etat, représenté par les diverses branches de l'Administration

(1) Cette proposition ne signifie point, d'ailleurs, que l'Etat n'est pas responsable du dommage causé par les actes de puissance publique, mais simplement qu'en ce qui regarde les conséquences d'actes de cette nature, ce n'est pas de la disposition de l'art. 1384, al. 3, qu'on fait découler sa responsabilité. V. le dernier alinéa du présent numéro.

publique, est passible des condamnations auxquelles le dommage causé par le fait, la négligence ou l'imprudence de ses agents peut donner lieu » (1).

Le conseil d'Etat et le tribunal des conflits, au contraire, n'ont jamais admis, dans la matière, l'application de l'art. 1384. Ils se fondent sur ce que les rapports juridiques entre l'Etat et les particuliers sont d'une nature toute différente de celle des rapports qui existent de particulier à particulier. Aucune disposition du droit positif n'oblige l'Etat à indemniser les particuliers du dommage que leur a causé la faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions : « Cette obligation, — dit M. Brémond, résumant la jurisprudence administrative, — découle seulement de l'équité; son étendue variera donc d'après la nature des fautes, d'après les instructions données à l'agent, d'après l'indépendance plus ou moins grande de ses fonctions et enfin d'après une infinité de circonstances que l'on ne peut définir à l'avance » (2).

La thèse, ainsi présentée, a été formulée en ces termes par le tribunal des conflits, dans le célèbre arrêt *Blanco*, du 8 février 1873 : « Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour des dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier; que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés » (3).

(1) S., 45. 1. 363, D. P., 45. 1. 261. — *Adde* Crim. cass., 12 janv. 1849, S., 49. 1. 43, D. P., 49. 1. 39. — Civ. rej., 19 déc. 1854, S., 55. 1. 265, D. P., 55. 1. 87. — Req., 14 août 1877, S., 78. 1. 109, D. P., 78. 1. 420.

(2) Brémond, *Tr. th. et prat. de la compét. administr.* (extrait du *Rép. génér. alph. du dr. franç.*), n. 1507. — *Adde* Laferrière, *Tr. de la juridic. admin. et des recours content.*, 1re édit., I, p. 622, et 2e édit., II, p. 186-187; Ducrocq, *Cours de dr. adm.*, 7e édit., IV, n. 2358, p. 380; Teissier, *La responsabilité de la puissance publique* (Paris, Paul Dupont, éditeur, 1906), p. 163, n. 141. — Cpr. Michoud, *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents*, n. 4, 19 s., 36 s.; Hauriou, *Pr. de dr. adm.*, 5e édit. (1903), p. 242-249, 6e édit. (1907), p. 484-491. — V. aussi Larombière, VII, p. 616-618 (art. 1384, n. 15).

(3) Trib. des confl., 8 fév. 1873, S., 73. 2. 153, D. P., 73. 3. 20; 17 janv. 1874,

Dans la suite, la cour de cassation s'est ralliée à l'opinion de la juridiction administrative (1). La formule que nous venons de transcrire est à peu près littéralement reproduite dans deux arrêts de la chambre civile, l'un du 26 décembre 1899, l'autre du 3 juillet 1905 (2).

A notre avis, il convient d'écarter ici l'application de l'art. 1384 (3). Si, comme on le pense généralement, les art. 1382 et 1383 sont, par la nature des choses, inapplicables à l'Etat, celui-ci n'étant qu'une personne fictive et les personnes de cette catégorie ne pouvant pas commettre de faute, l'art. 1384, par la même raison, ne le concerne pas. On sait quel est le fondement de la responsabilité civile édictée par ce texte : le législateur est parti de cette idée que le maître ou le commettant doit être considéré comme ayant choisi à la légère celui qui a commis le fait dommageable. Il présume donc une faute personnelle du préposant. Or il résulte de ce qui précède que la possibilité d'une faute personnelle de l'Etat ne se conçoit même pas.

La responsabilité de l'Etat ne peut être qu'une responsabilité objective. Elle a pour fondement l'idée de risque. Au regard des particuliers, l'Etat est un assureur contre le risque des fautes fonctionnelles de ses agents (4).

S., 75. 2. 341, D. P., 75. 3. 2; 4 juil. 1874, S., 74. 2. 328, D. P., 75. 3. 68; 29 mai 1875, S., 77. 2. 128, D. P., 76. 3. 45; 31 juil. 1875, S., 75. 2. 305, D. P., 76. 3. 45; 4 août 1877, S., 77. 2. 312; 15 fév. 1890, S., 92. 3. 73, D. P., 91. 3. 71; 10 mai 1890, S., 92. 3. 105, D. P., 91. 3. 108; 29 nov. 1890, S., 92. 3. 147, D. P., 92. 3. 47. — V. aussi pour d'autres décisions du tribunal des conflits, Brémond, *op. cit.*, n. 1509-1522. — *Adde* Cons. d'Et., 6 déc. 1855 (2e espèce, formule qui a été reproduite en grande partie dans l'arrêt Blanco), S., 56. 2. 508, D. P., 59. 3. 34; 15 avril 1868, D. P., 69. 3. 25; 13 janv. 1899, S., 1900. 3. 1 (note de M. Hauriou). — V. encore Brémond, *op. cit.*, n. 1523 s.

(1) Civ. cass., 4 avril 1876, D. P., 77. 1. 69; 13 juin 1876, S., 77. 1. 62, D. P., *ibid.*; 17 mars 1884, S., 84. 1. 224, D. P., 84. 1. 327; 26 août 1884, S., 85. 1. 128. — V. Brémond, *op. cit.*, n. 1538-1547.

(2) Civ. cass., 26 déc. 1899, S., 1900. 1. 504, D. P., 1900. 1. 524; 3 juil. 1905, S., 1906. 1. 41.

(3) *Contra* Berthélemy, *Tr. élém. de dr. adm.*, 3e et 4e édit., p. 77-80, 5e édit., p. 78-80.

(4) Duguit, *Droit constitutionnel* (1907), § 96, p. 665-667, 671. — Cpr. Hauriou, *op. cit.*, 5e édit., p. 243-244, 6e édit., p. 485-486. — Rappelons qu'en ce qui regarde les fautes des agents, on distingue les *fautes de fonction* et les *fautes personnelles*, et que l'Etat n'est pas responsable à raison de celles-ci. — V. Duguit, *op. cit.*, § 67, p. 459-462. — Cpr. Hauriou, *op. cit.*, 6e édit., p. 374-376.

En terminant, indiquons d'un simple mot que le conseil d'Etat a, dans ces dernières années, étendu la responsabilité de l'Etat à des dommages causés par l'accomplissement d'actes de puissance publique [1].

2918. Faut-il dire, comme on l'a fait souvent, que la responsabilité des départements et des communes est, à la différence de celle de l'Etat, régie par le droit commun, c'est-à-dire par l'article **1384** [2]?

Sur ce point, l'état actuel de la jurisprudence peut se résumer ainsi : d'après le conseil d'Etat et le tribunal des conflits, les actions en responsabilité dirigées contre les départements et les communes ont pour base, comme celles dirigées contre l'Etat, non pas la disposition de l'article **1384**, mais simplement l'équité. De plus — mais c'est une question que nous n'avons pas à examiner — elles seraient de la compétence des tribunaux administratifs [3]. La cour de cassation décide, au contraire, que le droit commun s'applique en la matière,

[1] Arrêt *Le Berre*, 29 mai 1903, *Rec. Lebon*, 1903, p. 414, avec les conclusions de M. Teissier, S., 1904. 3. 121, note de M. Hauriou; D. P., 1904. 3. 89; *Année admin.*, 1903, 1, p. 309 s.; *Rev. du dr. publ. et de la sc. pol.*, 1904, XXI, p. 800 s. — Arrêt *Tomaso Grecco*, 19 fév. 1905, *Rec. Lebon*, 1905. 1. 139, avec les remarquables conclusions de M. Romieu, S., 1905. 3. 113, note de M. Hauriou; D. P., 1906. 3. 81; *Rev. gén. d'adm.*, 1905, I, p. 289, note de M. Le Gouix; *Rev. du dr. publ. et de la sc. pol.*, 1905, XXII, 565-566. — V. sur cette jurisprudence, Duguit, *op. cit.*, § 97, p. 670. — Cpr. Hauriou, *Préc. de dr. adm.*, 6e édit., p. 489-491. — V. aussi Jèze, *De la responsabilité des patrimoines administratifs, Rev. de dr. publ. et de la sc., pol.*, 1905, XXII, p. 562 s. — Mais, ici, nous devons avant tout renvoyer au beau livre de M. Teissier, maître des requêtes au conseil d'Etat, *La responsabilité de la puissance publique* (Paris, Paul Dupont, éditeur, 1906). M. Teissier est un de ceux qui ont le plus contribué à engager le haut tribunal administratif dans la voie de l'extension de la responsabilité de l'Etat.

[2] V. sur cette question Michoud, *De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents, Rev. du dr. publ. et de la sc. pol.*, IVe année (1897), VII, p. 41-84.

[3] C. d'Et., 13 décembre 1889, *Rec. Lebon*, 1889, p. 1148; 20 mai 1892, même rec., 1892, p. 455; 13 janv. 1893, même rec., 1893, p. 4; 21 décembre 1900, même rec., 1900, p. 804; 31 janv. 1902, même rec., 1902, p. 56; 29 mai 1903, même rec., 1903, p. 768. — Dans le même sens, Trib. confl., 16 nov. 1901, même rec., 1901, p. 808; 24 déc. 1904, même rec., 1904, p. 887. — Le tribunal des conflits s'était d'abord prononcé en sens contraire, 7 mars 1874, même rec., 1874, p. 247, S., 74. 2. 261, D. P., 74. 3. 54; 14 juin 1879, *Rec. Lebon*, 1879, p. 503; 25 février 1888, même rec., 1888, p. 207.

soit quant au fond, soit quant à la compétence [1]. Cependant elle paraît indécise quant aux actions intentées à raison du dommage causé par des actes de puissance publique [2]. Nous devons nous en tenir à cet aperçu de la jurisprudence [3].

Ainsi que le font remarquer plusieurs auteurs, il n'y a pas de raison pour faire une différence entre l'Etat et les départements ou les communes. La solution qui l'a emporté relativement à la responsabilité de l'Etat est fondée, disent-ils, sur cette idée que les rapports de celui-ci avec les fonctionnaires sont des rapports d'ordre administratif et non pas des rapports de commettant à préposé, régis par l'art. 1384. Cette proposition est également vraie pour les communes et pour les départements [4].

D'autre part, si l'on admet que l'Etat n'est qu'une personne fictive, la même conception s'impose pour les départements et pour les communes. Pas plus que l'Etat ils ne sont susceptibles de commettre des fautes; par plus que lui, par conséquent, ils ne peuvent encourir une responsabilité fondée sur une présomption de faute personnelle. Or nous savons que la responsabilité édictée par l'art. 1384 repose

(1) Req., 3 novembre 1885, S., 86. 1. 249, D. P., 86. 1. 397; 17 décembre 1895, S., 97. 1. 492, D. P., 96. 1. 385; 23 juin 1897, S., 98. 1. 230, D. P., 97. 1. 480. — Civ. cass., 11 janvier 1898, S., 1902. 1. 38, D. P., 1904. 1. 265. — V. aussi dans le même sens, Paris, 24 février 1893, D. P., 93. 2. 189. — Ducrocq, *loc. cit.*

(2) V. dans le sens de la non applicabilité du droit commun aux actes de puissance publique, Civ. cass., 3 avril 1905, S., 1906. 1. 353 (note de M. Appert), *Gaz. Pal.*, 1905. 1. 737; 23 mai 1905, S., 1907. 1. 81 (note de M. Appert); 15 janvier 1906, S., *ibid.*, *Gaz. Pal.*, 1906. 1. 304. — Mais en sens contraire, Civ. rej., 2 mai 1906, S., 1907. 1. 129 (note de M. Appert), *Rev. du dr. publ. et de la sc. pol.*, XIIIe année (1906), XXIII, p. 701 en note.

(3) V. pour un exposé complet, Jèze, *Actions en responsabilité contre les communes, Rev. du dr. publ. et de la sc. polit.*, XIIIe année (1906), XXIII, p. 696-704.

(4) Laferrière, *op. cit.*, 2e édit., I, p. 686; Brémond, *op. cit.*, n. 1574, et *Examen doctrinal, jurispr. admin., Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, XLVIe année, 1897, nouv. série, t. XXVI, p. 420 s.; Michoud, *op. cit.*, n. 11, p. 58-59, et note sous Caen, 23 juin 1894 et autres arrêts, S., 97. 2. 257; Lacanal, *Rev. gén. d'adm.*, 1884, 1, p. 52. — V. dans le même sens Giron, *Dr. adm. de la Belgique*, p. 230-231. — Cour sup. de Luxembourg, 29 avril 1880 et Cass. Belgique, 9 déc. 1880, S., 81. 4. 33. — *Contra* Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 760; Ducrocq, *Cours de dr. adm.*, 7e édit., VI, n. 2358; Béquet, *Répert. de dr. adm.*, v° *Commune*, n. 2147 s.; Block, *Dict. de l'adm. franç.*, v° *Responsabilité*, n. 10; Lescuyer, *Rev. gén. d'adm.*, 1886, III, p. 152.

sur une présomption de ce genre. La responsabilité des départements et des communes ne peut donc être, comme celle de l'Etat, qu'une responsabilité objective, c'est-à-dire fondée sur l'idée de risque [1].

2918 I. La loi du 29 décembre 1905, *sur la caisse de prévoyance des marins français,* a apporté une intéressante dérogation au principe de la responsabilité civile des commettants. La loi qui réglait antérieurement la matière, c'est-à-dire la loi du 21 avril 1898, après avoir déterminé les diverses pensions ou indemnités auxquelles, suivant les cas, les participants avaient droit, disait dans son article 11 : « Les dispositions ci-dessus ne font pas obstacle à ce que l'inscrit, ses ayants-cause ou la caisse nationale de prévoyance subrogée à leurs droits demandent directement, suivant les principes et règles de droit commun, des indemnités aux personnes responsables des faits intentionnels ou fautes lourdes ayant déterminé des accidents ou risques dont les inscrits auront été victimes ». Cette disposition avait provoqué des protestations de la part de presque tous les représentants de l'armement, et ces protestations étaient fondées. La caisse des marins est alimentée, notamment, par une taxe imposée aux armateurs (L. du 21 avril 1898, art. 2-2° et art. 4; L. du 29 décembre 1905, art. 2-1° et art. 4). Or, comme l'a fait remarquer M. Le Bail, dans son rapport à la chambre des députés, cette taxe « a le caractère d'une contribution obligatoire à une œuvre de mutualité organisée au profit des marins victimes de la navigation. La caisse ne procure aux armateurs aucun avantage ». En compensation du sacrifice qu'on exigeait d'eux, il était juste de les soustraire à toute réclamation des participants ou de leurs ayants-droit. L'armement, ainsi que l'explique le même rapport, doit « échapper à toute action dirigée contre lui à raison de la responsabilité du fait d'autrui, c'est-à-dire des fautes sans distinction commises par le capitaine ou les hommes de l'équipage (art. 1384 C. civ. et 216 C. com.); il le doit d'autant plus que, par ses versements obligatoirement effectués dans la caisse de pré-

[1] Duguit, *op. cit.*, p. 666. — Cpr. Hauriou, *op. cit.*, 6e édit., p. 468-469.

voyance, on doit le considérer comme s'étant, au moins en fait, assuré contre cette catégorie de risques, et que, lorsque le navire a quitté le port et est en cours de voyage, l'armateur ne peut exercer aucune action ni aucune surveillance sur le capitaine et son équipage, à la différence de l'industriel dont la présence suffit à prévoir et empêcher les accidents auxquels demeurent exposés ses ouvriers » (1). Tels sont les motifs de la disposition qu'on trouve dans le second alinéa de l'article 11 de la nouvelle loi. Ce texte porte : « Par dérogation aux articles 1384 C. civ. et 216 C. com., l'armateur ou le propriétaire du navire est affranchi de la responsabilité civile des fautes du capitaine ou de l'équipage. Il ne répond que de sa faute personnelle, intentionnelle ou inexcusable, et sous déduction des indemnités et pensions dues par la caisse de prévoyance ».

B. *Personnes visées par des dispositions particulières.*

2919. Outre les cas de responsabilité civile établis par l'art. 1384, il en est plusieurs qui résultent de dispositions particulières. Nous les grouperons en deux catégories. Certains, en effet, s'expliquent par cette considération que la personne civilement responsable n'a pas exercé une surveillance suffisante, qu'elle a eu le tort de ne pas prendre certaines précautions. On peut donc, au point de vue de leur motif, les comparer aux diverses responsabilités admises par l'art. 1384. Dans d'autres cas, au contraire, il n'y a aucun rapport entre la faute commise par la personne civilement responsable et le dommage qu'elle est tenue de réparer.

N° 1. *Des cas où le fait dommageable suppose de la part de la personne civilement responsable un défaut de surveillance.*

2920. α. « *Tout dépositaire des registres* [de l'état civil] » *sera civilement responsable des altérations qui y survien-* » *dront; sauf son recours, s'il y a lieu, contre les auteurs* » *desdites altérations* ». Ainsi s'exprime l'art. 51 C. civ.

(1) S., *Lois ann.*, 1906, p. 270, note 26, D. P., 1907. 4. 44, note 1, col. 1 et 2. — V. aussi *Annuaire de législ. franç.*, XXVe année (1906), p. 332.

2921. β. Le décret du 10 vendémiaire an IV, sur la police intérieure des communes, réglait, dans ses titres IV et V, la responsabilité des communes dans le cas de crimes ou délits commis à force ouverte. Il a été abrogé par la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale, et remplacé par les dispositions des art. 106 à 109 de cette loi (1). Ces nouvelles dispositions maintiennent le principe posé dans le décret de l'an IV, mais elles en atténuent beaucoup la rigueur (2).

Aux termes de l'art. 106, al. 1er : « Les communes sont civilement responsables des dégâts et dommages résultant des crimes ou délits commis à force ouverte ou par violence sur leur territoire par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, soit envers les personnes, soit contre les propriétés publiques ou privées » (3). Il est facile d'indi-

(1) Plusieurs propositions de loi ont été déposées dans ces dernières années en vue de faire modifier ces articles. V. Albert Révillon, *La responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés par les attroupements, Rev. pol. et parl.*, 14e année, 1907, LV, p. 304-319. — Proposition de loi portant modification des art. 106, 107, 108 et 109 de la loi municipale du 5 avril 1884, déposée par M. Gourju, sénateur, le 19 novembre 1907, *J. off.*, Sénat, *Doc. parl.*, 1907, sess. extr., annexe n. 304, p. 11. — Rapport sur cette proposition, par M. Gourju, séance du 29 nov. 1907, *J. off.*, Sénat, *Doc. parl.*, 1907, sess. extr., annexe n. 312, p. 47. — *Lois nouv.*, 27e année, 1908, 2e partie, *Rev. des trav. législ.*, p. 106-108. — Jean Bouchard, *Chronique du mouvement législatif*, sect. II, *Organisation communale*, I, *Responsabilité des communes en cas d'émeute, Revue du dr. publ. et de la science polit.*, XVe année, 1908, XXV, p. 138-140.

(2) V. sur cette matière Ducrocq, *Cours de dr. adm.*, 7e éd., VI, n. 2359-2361 ; Spire, *Etude historique et juridique de la responsabilité des communes en cas d'attroupement* (thèse, Paris, 1895); Vel-Durand, *De la responsabilité des communes en cas de dommages causés par des attroupements* (thèse, Paris, 1902). — Perrinjaquet, *Responsabilité des communes en matière de police* (thèse, Bordeaux, 1905), p. 188-214; Morgand, *La loi municipale*, 7e édit., 1906, II, n. 1206-1229, p. 43-59.

(3) V. des applications dans Alger, 14 mars 1900, *Rev. algér.*, 1900, 182, D. P., 1901. 2. 238; 19 juin 1901, D. P., 1903. 2. 292. — Req., 22 juil. 1901 (2 arrêts), *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 387, S., 1902. 1. 393 (note de M. Ambroise Colin), D. P., 1901. 1. 469, *Pand. franç.*, 1902. 1. 174, et 1903. 1. 145. — Cour d'app. de la Guadeloupe, 15 mars 1905, S., 1907. 1. 511, et, sur pourvoi, Req., 30 avril 1907, S., *ibid.*, D. P., 1907. 1. 240. — Req., 24 juin 1905, S., 1906. 1. 31, D. P., 1905. 1. 469. — Une commune est responsable en vertu de l'article 106 lorsqu'un ouvrier non gréviste a été assailli au sortir de son travail et grièvement blessé par une bande de grévistes, qu'il n'avait nullement provoqués. Peu importe qu'il lui fût possible, pour rentrer à son domicile, de prendre un autre chemin que la voie publique. En n'usant pas de cette faculté, il n'a fait qu'exercer son droit. — Trib. civ. Valen-

quer le motif de cette disposition : « Le maire de toute commune, dit le ministre de l'intérieur dans la circulaire du 15 mai 1884, est, en effet, chargé par ses attributions de police du soin de prévenir les attroupements ou rassemblements qui peuvent se former sur le territoire de la commune, et, lorsqu'ils ont lieu, de mettre la force publique en mouvement pour les dissiper. S'il ne remplit pas ce devoir, il est naturel que la responsabilité de la commune soit engagée par la faute ou la négligence de son mandataire élu » (1).

La loi établit donc ici une présomption de faute à l'encontre de la commune (2).

2921 I. Il résulte toutefois de l'art. 106 que la responsabilité de celle-ci est subordonnée à trois conditions :

1° Il faut qu'il y ait eu dégât ou dommage, c'est-à-dire préjudice causé soit aux personnes, soit aux propriétés publiques ou privées, mais il n'y a pas à distinguer entre les propriétés immobilières et les propriétés mobilières. Elles sont, les unes et les autres, également protégées (3). Les juges du fond déterminent souverainement les objets que le pillage a fait perdre aux victimes du dommage (4).

Mais l'art. 106 n'est applicable que si le dommage ou le dégât est la conséquence directe de l'attroupement (5).

2° Il faut que le dommage ait été causé par des attroupements ou rassemblements. La commune n'est donc respon-

ciennes, 3 novembre 1904, joint à Douai, 28 février 1905, D. P., 1905. 2. 265. — V. encore sur la responsabilité des communes à raison d'attroupements et de faits dommageables s'étant produits au cours d'une grève, Trib. civ. Brest, 23 mars 1905, D. P., 1906. 5. 2. — Trib. civ. Narbonne, 5 juillet 1905, *Gaz. Pal.*, 1905. 2. 348, *Loi*, 18 juillet 1905, *Mon. jud. Lyon*, 11 juillet 1905. — Limoges, 17 janvier 1906, D. P., 1906. 5. 50, *Loi*, 3 mai 1906, *Mon. jud. Lyon*, 15 mai 1906. — Trib. civ. Bonneville, 18 octobre 1906, D. P., 1907. 5. 9. — Trib. civ. Saint-Etienne, 29 avril 1907, D. P., 1907. 2. 164. — Chambéry, 6 mai 1907, S., 1908. 2. 83, *Pand. franç.*, 1907. 2. 209, *Gaz. Pal.*, 1907. 2. 46, et, sur pourvoi, Req., 6 juillet 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 2. 240.

(1) *J. off.*, 20 mai 1884, S., *Lois ann.*, 1884, p. 609, col. 2 *in medio*.

(2) V. *infra*, n. 2923.

(3) Trib. civ. Marseille, 21 déc. 1872, S., 73. 2. 55, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Commune*, n. 1295. — *Sic* Sourdat, *op. cit.*, II, n. 1408.

(4) Req., 24 juin 1905, S., 1906. 1. 31, D. P., 1905. 1. 469; 24 oct. 1905, D. P., *ibid.*

(5) Trib. civ. Narbonne, 13 juill. 1905, *Mon. jud. Lyon*, 17 août 1905.

sable que si les dévastations ne résultent pas de délits individuels [1]. Il appartient aux juges du fond d'apprécier, dans chaque espèce et suivant les circonstances, s'il y a eu attroupement ou rassemblement [2].

Mais les communes sont responsables du dommage causé par les attroupements ou rassemblements de quelques éléments qu'ils se composent et quels que soient la cause de leur formation et le but poursuivi par eux [3].

De plus, la responsabilité de la commune est engagée, alors même que les attroupements avaient d'abord un but inoffensif et licite, par exemple au cas d'un dommage résultant de délits commis à force ouverte par un rassemblement qui s'était formé, dans une enceinte destinée à un spectacle public, pour assister à ce spectacle [4];

3° Il faut enfin que le crime ou délit ait été commis à force ouverte ou par violence. La responsabilité de la commune ne peut donc pas être engagée par les accidents auxquels a donné lieu une manifestation bruyante. Il a été décidé, par exemple, qu'une commune n'avait pas à réparer le dommage causé par des chevaux qu'avaient épouvantés les lumières des torches, les coups de feu, les roulements de tambour et les chants de la foule au cours d'une manifestation organisée pour célébrer la nomination du maire [5].

L'art. 106 établit une présomption de faute à l'encontre de la commune dès que les trois conditions indiquées ci-dessus

(1) Rouen, 27 mai 1873, D. P., 74. 2. 29. — Trib. civ. Nantes, 12 déc. 1898, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 47.

(2) Sourdat, *op. cit.*, II, n. 1377. — Trib. des confl., 25 fév. 1888, S., 90. 3. 15, D. P., 89. 3. 52.

(3) Trib. civ. Lure, 3 août 1899, et, sur appel, Besançon, 2 mars 1900, S., 1901. 2. 141. — C. d'app. de la Guadeloupe, 15 mars 1905, joint à Req., 30 avril 1907, S., 1907. 1. 511. — V. aussi Civ. rej., 1er déc. 1875, S., 76. 1. 257, D. P., 76. 1. 73.

(4) Civ. rej., 10 août 1869, S., 70. 1. 153, D. P., 70. 1. 193 (note de M. Gaston Griolet). — Dans le même sens, Sourdat, *op. cit.*, II, n. 1378. — V. aussi Trib. civ. de Lure, 3 août 1899 (rassemblement formé à l'annonce du résultat d'une élection), et, sur appel, Besançon, 2 mars 1900, précités. — Trib. civ. Quimper, 5 nov. 1903, *Gaz. Pal.*, 1903. 2. 589, D. P., 1905. 2. 267, et, sur appel, Rennes, 6 déc. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 633, D. P., *ibid.*, *Pand. franç.*, 1905. 2. 56. — Cpr. Amiens, 29 juin 1874, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Commune*, n. 1296.

(5) Montpellier, 22 janv. 1873, S., 73. 2. 71, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Commune*, n. 1297 *in fine* (p. 211, note 1).

se trouvent réunies : « Le seul fait du rassemblement constaté entraîne la responsabilité de la commune, au cas où ce rassemblement devient séditieux et dommageable » (1).

La disposition de l'art. 106 peut être invoquée aussi bien par les étrangers que par les citoyens français (2).

2921 II. L'autorité judiciaire est seule compétente pour statuer sur l'action en responsabilité formée contre une commune en vertu de cette disposition.

L'art. 106, il est vrai n'indique pas d'une façon précise si cette action doit être portée devant les tribunaux ordinaires ou devant les tribunaux administratifs. Mais la loi du 10 vendémiaire an IV attribuait expressément compétence aux premiers (tit. IV, art. 3, 4, 5 et 7), et aujourd'hui la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à décider que la règle est la même (3). On peut, d'ailleurs, invoquer dans ce sens les travaux préparatoires (4).

L'action en responsabilité fondée sur la disposition de l'art. 106 se prescrit par trois ou dix ans, conformément aux règles contenues dans les art. 637 et 638 C. inst. crim. (5).

2921 III. Le second alinéa du même article ajoute : « Les dommages-intérêts dont la commune est responsable sont répartis entre tous les habitants domiciliés dans ladite commune, en vertu d'un rôle spécial comprenant les quatre contributions directes ». Cette répartition est une opération administrative. Les rôles sont dressés et les réclamations jugées comme en matière de contributions directes (6).

Par l'expression *domiciliés* la loi vise non seulement les

(1) Trib. civ. Quimper, 5 novembre 1903, précité.

(2) Grenoble, 9 fév. 1897, S., 97. 2. 298, D. P., 97. 2. 207. — Jugé dans le même sens sous l'empire du décret de l'an IV, Civ. cass., 17 nov. 1834, D., *Rép. alph.*, v° *Commune*, n. 2705. — *Sic* Sourdat, *op. cit.*, II, n. 1392 ; Morgand, *op. cit.*, II, n. 1212.

(3) V. notamment Hauriou, *Préc. de dr. adm.*, 6e édit., p. 495, note 2. — Trib. confl., 25 fév. 1888, S., 90. 3. 15, D. P., 89. 3. 52.

(4) V. la déclaration du rapporteur au Sénat et celle du président de cette assemblée, dans la séance du 11 mars 1884, *J. off.* du 12, *Déb. parl.*, p. 660 ; S., *Lois ann.*, 1884, p. 581, note 197 *in fine*, D. P., 84. 4. 57, note 108.

(5) V. Morgand, *op. cit.*, II, n. 1215.

(6) Cons. d'Et., 22 avril 1858 (sol. imp.), S., 59. 2. 183, D. P., 59. 3. 17. — Dans le même sens, Morgand, *op. cit.*, II, n. 1217.

habitants ayant un domicile légal dans la commune, mais encore ceux qui y ont un domicile de fait entraînant pour eux le paiement d'une contribution directe (1).

C'est au moment de la perpétration des faits dommageables qu'il faut se placer pour résoudre la question de domicile. Il ne faut donc pas comprendre dans la répartition des personnes qui ne sont venues s'établir dans la commune que postérieurement à ces faits (2).

2922. « Si les attroupements ou rassemblements ont été formés d'habitants de plusieurs communes, chacune d'elles est responsable des dégâts et dommages causés, dans la proportion qui sera fixée par les tribunaux ». Art. 107. Les diverses communes dont les habitants ont participé aux attroupements et rassemblements sont civilement responsables, alors même qu'il n'est pas établi que leurs habitants en étaient partis en état de rassemblement. Il suffit qu'ils aient contribué à former le rassemblement qui a commis le délit (3).

Comme nous venons de le voir, l'art. 107 dispose que les diverses communes sont responsables « dans la proportion qui sera fixée par les tribunaux ». Les auteurs de la loi ont voulu éviter toute rédaction qui eût entravé la liberté des tribunaux dans l'appréciation de la faute et de la réparation. Cela résulte de la discussion devant la chambre des députés (4). Les juges peuvent décider, par exemple, que la contribution sera calculée d'après le nombre respectif de délinquants de chacune des communes responsables (5); ils peuvent décider encore que la base de la répartition des dommages entre ces communes doit être puisée dans le chiffre de leur population respective (6); ils peuvent également, à

(1) Morgand, *loc. cit.*

(2) Morgand, *loc. cit.*

(3) Req., 14 janv. 1852, S., 52. 1. 97, D. P., 52. 1. 155; 17 fév. 1852, S., 52. 1. 415, D. P., 52. 1. 155; 12 juil. 1852, D. P., 52. 5. 116. — V. aussi Orléans, 14 août 1851, S., 51. 2. 772, D. P., 51. 2. 187. — Alger, 19 juin 1901, D. P., 1903. 2. 292.

(4) Séance du 27 oct. 1883, *J. off.* du 28, *Déb. parl.*, p. 2147; S., *Lois ann.*, 1884, p. 580, note 196, D. P., 84. 4. 57, note 107.

(5) Req., 14 janv. 1852, précité.

(6) Req., 19 juill. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 387. — V. aussi Trib. civ. Alger, 16 juin 1900, *Rev. génér. d'admin.*, 1901, I, p. 191, *Loi*, 27 oct. 1900.

défaut d'éléments suffisants pour déterminer le degré de culpabilité des communes défenderesses, dire que la faute doit être réputée égale de part et d'autre, sauf à tenir compte, dans la dite répartition, de la richesse relative de ces communes et à prendre, en pareil cas, pour base du calcul les quatre contributions directes (1).

Il leur appartient, d'ailleurs, d'apprécier si la commune dont les habitants ont participé à un attroupement devenu séditieux et dommageable sur le territoire d'une autre commune, a fourni un contingent d'habitants assez considérable pour avoir pu prêter à cet attroupement une force dangereuse et coupable (2). Il a été jugé, par exemple, qu'un recours ne saurait être exercé contre la commune dont un seul habitant a pris part à l'attroupement (3).

2923. La responsabilité de la commune cesse dans certains cas indiqués dans l'art. 108, ainsi conçu : « Les dispositions des art. 106 et 107 ne sont pas applicables : 1° Lorsque la commune peut prouver que toutes les mesures qui étaient en son pouvoir ont été prises à l'effet de prévenir les attroupements et rassemblements et d'en faire connaître les auteurs » (4). C'est à la juridiction civile qu'il appartient d'apprécier si la commune a pris toutes les mesures qui étaient en son pouvoir : « La commune, a dit le président du sénat, dans la séance du 11 mars 1884, est sous une présomption de faute : c'est à elle à faire la preuve qu'elle n'en a pas commis. Qui peut être juge de cela? *Evidemment les tribunaux ordinaires* (5). Si donc vous êtes victime d'une émeute, vous pourrez

(1) Orléans, 14 août 1851, Req., 17 fév. 1852, précités. — Dans ce sens, Morgand, *op. cit.*, II, n. 1221 *in fine*.

(2) Orléans, 14 août 1851 et Trib. civ. Quimper, 5 nov. 1903, précités.

(3) Trib. civ. Quimper, 5 nov. 1903, précité.

(4) V. applications dans Trib. civ. de Dunkerque, 1er déc. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 667, D. P., 1905. 5. 11. — Trib. civ. Abbeville, 17 mars 1908, *Loi*, 24 mars 1908, *Mon. jud. Lyon*, 4 avril 1908. — Mais une commune ne saurait se prévaloir de l'exception établie par le 1° de l'art. 108, si elle s'est bornée à surveiller les émeutiers, sans chercher à empêcher le mouvement populaire. Trib. civ. Nantes, 12 déc. 1898, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 47. — V. aussi Trib. civ. Alger, 16 juin 1900, et Trib. civ. Quimper, 5 nov. 1903, précités.

(5) Limoges, 17 janv. 1906, D. P., 1906. 5. 50, *Loi*, 3 mai 1906, *Mon. jud. Lyon*, 15 mai 1906. — V. aussi Amiens, 29 juin 1874, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Commune*, n. 1296. — Trib. confl., 19 fév. 1881, D. P., 82. 3. 69.

dire à la commune : vous êtes responsable. Ce sera à elle de démontrer que l'émeute a éclaté bien qu'elle ait pris toutes les mesures qui étaient en son pouvoir pour la réprimer » (1).

La déclaration des juges du fait que la commune apporte ou n'apporte pas cette preuve, ne saurait être sujette à cassation, car elle est fondée sur une appréciation souveraine des circonstances de la cause (2).

2924. « 2° Dans les communes où la municipalité n'a pas la disposition de la police locale ni de la force armée ». Cette exception s'applique non seulement aux villes de Paris, de Lyon et de Marseille (3), mais aussi, croyons-nous, à toute ville se trouvant placée sous le régime de l'état de siège (4).

(1) *J. off.* du 12 mars 1884, *Déb. parl.*, p. 660; S., *Lois annotées*, 1884, p. 581, note 197 *in fine*, D. P., 84. 4. 57, note 108. — V. Alger, 24 fév. 1899, *Rev. algér.*, 1899, 183. — Trib. civ. Lille, 30 juill. 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 2. 381, *Droit*, 18 sept. 1904. — Une commune est responsable à raison des dégâts causés aux propriétés quand ils sont la conséquence de la facilité laissée aux rassemblements de se former et de l'effervescence que le maire aurait pu conjurer s'il avait pris les mesures en son pouvoir. Req., 24 juin 1905, D. P., 905. 1. 469, *Pand. franç.*, 1905. 1. 379, *Gaz. Pal.*, 1905. 2. 157; 24 oct. 1905, D. P., *ibid.* — V. aussi Req., 22 juill. 1901 (1er arrêt), S., 1902. 1. 393, *Pand. franç.*, 1902. 1. 174, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 387. — Douai, 22 juin 1904, D. P., 1906. 2. 213; 27 fév. 1905, D. P., 1905. 5. 20. — Trib. civ. Brest, 23 mars 1905, D. P., 1906. 5. 2. — Douai, 31 mai 1905, *Gaz. Trib.*, 25 juill. 1905, *Loi*, 27 sept. 1905. — Limoges, 17 janv. 1906, précité. — C'est en vain que la commune invoque l'exception admise par l'art. 108-1°, si, tout en fournissant la preuve que la police municipale et la gendarmerie ont fait de louables efforts pour s'opposer au pillage, elle ne justifie pas qu'elle a pris toutes mesures possibles et utiles pour prévenir et empêcher, non pas le pillage même, mais les attroupements, cause de ce pillage. Trib. civ. Quimper, 5 nov. 1903, précité. — V. aussi Trib. civ. Saint-Etienne, 29 avril 1907, D. P., 1907. 2. 164. — Chambéry, 6 mai 1907, S., 1908. 2. 83, *Pand. franç.*, 1907. 2. 209, *Gaz. Pal.*, 1907. 2. 46, et, sur pourvoi, Req., 6 juillet 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, 2. 240. — La preuve de l'imprévoyance de la commune sur le territoire de laquelle se sont produits les attroupements et celle de la participation des habitants d'une commune voisine peuvent être puisées dans une procédure criminelle suivie contre les auteurs du pillage. — Trib. civ. Quimper, 5 nov. 1903, et, sur appel, Rennes, 6 déc. 1904, précités.

(2) Req., 15 fév. 1898, S., 98. 1. 457, *Pand. franç.*, 98. 1. 325; 24 juin 1905 et 24 oct. 1905, précités.

(3) V. Loi 5 avril 1884, art. 104, modifié par la loi du 8 mars 1908, *instituant la police d'Etat dans la commune de Marseille. Journ. off.*, 10 mars 1908.

(4) V. Circ. min. de l'Int., 15 mai 1884, *Bull. min. int.*, 1884, p. 271. — Morgand, *op. cit.*, II, n. 1225.

Elle ne s'applique pas, au contraire, aux villes de 40.000 âmes, dans lesquelles, aux termes de l'article 103 de la loi du 5 avril 1884, le gouvernement fixe les cadres du personnel de la police sans enlever aux maires la direction de ce personnel [1].

Elle ne saurait être étendue à la ville où le préfet, usant du pouvoir que lui confère l'article 99 de la loi du 5 avril 1884, de prendre, lorsqu'il n'y a pas été pourvu par l'autorité municipale, toutes mesures relatives au maintien de la sécurité et de la tranquillité publique, a pris en main, pendant les troubles qui avaient lieu dans cette ville, la direction des forces de police [2].

2925. « 3° Lorsque les dommages causés sont le résultat d'un fait de guerre ». Cette exception, selon nous, s'applique aussi bien à la guerre civile qu'à la guerre étrangère. La loi, en effet, ne distingue pas. Il n'y a donc plus lieu à la responsabilité communale si une insurrection armée est devenue une véritable guerre civile [3]. Une commune peut, au contraire, être déclarée responsable des dommages causés par une tentative d'insurrection ayant pour but de changer la forme et la nature du gouvernement. C'est ce que décide la jurisprudence. Elle se fonde sur ce que l'article 106 ne fait aucune distinction entre les causes qui peuvent avoir occasionné les rassemblements [4].

2926. Enfin, aux termes de l'art. 109 : « La commune déclarée responsable peut exercer son recours contre les auteurs et complices du désordre ». Mais comment expliquer

(1) V. la déclaration du rapporteur au Sénat dans la séance du 11 mars 1884.

(2) Dijon, 15 juin 1902, S., 1903. 2. 193, D. P., 1905. 5. 142. — *Sic* Morgand, *op. cit.*, II, n. 1227.

(3) Morgand, *op. cit.*, II, n. 1226. — Cette solution était généralement admise sous l'empire du décret du 10 vendémiaire an IV. — V. Rendu, *Tr. de la responsabilité des communes*, n. 20; Choppart, *Responsabilité des communes*, thèse, Paris, 1874, p. 169.

(4) Morgand, *op. cit.*, II, n. 1211. — Civ. rej., 23 fév. 1875, S., 75. 1. 219, D. P., 75. 1. 201. — Req., 27 avril 1875, S., 75. 1. 263, D. P., 76. 5. 112; 27 juil. 1875 (5 arrêts), S., 75. 1. 363, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Commune*, n. 1303, note 1. — Civ. rej., 1er déc. 1875, S., 76. 1. 257, D., 76. 1. 73. — V. aussi Trib. civ. Marseille, 21 déc. 1872, S., 73. 2. 55, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Commune*, n. 1295, note 1.

cette disposition? Puisque les condamnations prononcées contre la commune sont réparties entre ses habitants, n'est-ce pas à ces derniers que le recours devrait être ouvert? Il y a là, en effet, une anomalie dont voici l'origine. Dans le projet primitif, la commune, seule responsable, était seule tenue de payer. Le sénat modifia cette disposition, mais, après avoir fait cette modification, il oublia d'apporter à la rédaction de notre article le changement nécessaire pour le mettre en harmonie avec le nouveau système (1). Ainsi, dans l'état actuel des textes, le maire, agissant au nom de la commune, peut, en vertu de l'art. 109, exercer l'action récursoire pour le compte des habitants domiciliés (2); mais ces derniers pourraient l'intenter en vertu de l'art. 123, si la commune refusait de le faire (3).

Il est bon de noter la décision suivante : la commune sur le territoire de laquelle ont eu lieu des attroupements séditieux ayant amené un pillage, et la commune voisine, responsable à raison de la participation de ses habitants, ont l'une et l'autre un recours contre les organisateurs de la manifestation, cause occasionnelle du pillage, s'il est prouvé qu'ils auraient pu et dû prévoir les faits dommageables. Ce recours peut être exercé contre eux, alors même que leur bonne foi a été entière et qu'ils sont demeurés étrangers aux faits de pillage qu'ils n'avaient point prévus et qu'ils réprouvaient (4).

N° 2. *Des cas où il n'y a pas de rapport entre le dommage et la faute commise par la personne civilement responsable.*

2927. Les cas de responsabilité civile où il n'existe aucun rapport entre la faute de la personne à qui cette responsabilité incombe et le dommage qu'elle est obligée de réparer sont les suivants :

(1) Morgand, *op. cit.*, II, n. 1228.

(2) Morgand, *loc. cit.*

(3) D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Commune*, n. 1314 *in fine*. — Morgand, *loc. cit.* — Nous croyons même que les contribuables pourraient agir en leur nom personnel contre les auteurs ou complices des faits dommageables. — *Sic* Morgand, même numéro, dern. al.

(4) Trib. civ. Quimper, 5 nov. 1903, précité.

α. Indiquons d'abord celui dont s'occupe la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, dans l'art. 7 de la section VII de son titre Ier, relatif aux gardes-champêtres : « Ils seront responsables des dommages dans le cas où ils négligeront de faire dans les vingt-quatre heures les rapports (c'est-à-dire les procès-verbaux) des délits » (1). Pour qu'un garde-champêtre encoure cette responsabilité, il est essentiel qu'il y ait un délit; sans quoi, l'action dirigée contre lui manquerait de base (2).

2928. β. Un second cas est prévu par l'art. 73 C. pén., dont voici les termes : « Les aubergistes et hôteliers convaincus d'avoir logé, plus de vingt-quatre heures, quelqu'un qui, pendant son séjour, aurait commis un crime ou un délit, seront civilement responsables des restitutions, des indemnités et des frais adjugés à ceux à qui ce crime ou ce délit aurait causé quelque dommage, faute par eux d'avoir inscrit sur leur registre le nom, la profession et le domicile du coupable, sans préjudice de leur responsabilité dans le cas des art. 1952 et 1953 C. civ. ».

La loi n'exige pas, d'ailleurs, que les hôteliers ou aubergistes inscrivent sur leur registre le nom des voyageurs au moment même de l'arrivée de ces derniers. Il suffit que cette inscription soit faite immédiatement après la première nuit passée dans leurs établissements (3).

II. *Règles communes aux divers cas de responsabilité du fait d'autrui.*

2929. Les personnes actionnées comme civilement responsables du fait d'autrui peuvent faire valoir les exceptions qui appartiennent à l'auteur du fait dommageable, notamment la prescription que celui-ci aurait le droit d'opposer (4).

(1) V. sur cette responsabilité, D., *Rép. alph.*, v° *Garde-champêtre*, n. 32-33.

(2) Crim. cass., 29 mars 1841, D., *op. cit.*, v° *Droit rural*, n. 59-1°.

(3) Crim cass., 5 août 1853, D. P., 53. 5. 40. — Crim. rej., 18 juill. 1874, S., 75. 1. 451, D. P., 75. 1. 283; 24 avril 1880, S., 81. 1. 47, D. P., 80. 1. 400.

(4) Huc, VIII, n. 449 *in fine*, p. 599. — Lyon, 30 juin 1887, S., 89. 2. 65, D. P., 88. 2. 53. — V. aussi Sourdat, *op. cit.*, II, n. 809; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 767; Demolombe, XXXI, n. 636; Laurent, XX, n. 624.

2930. Mais la responsabilité civile est encourue même pour le dommage résultant d'actes illicites dont les auteurs ne sont pas en faute, notamment quand ces actes ont été commis par des enfants ou par des insensés. En vain a-t-on objecté qu'un fait ne saurait être imputé à celui qui l'accomplit sans discernement. Dans notre hypothèse, ce n'est pas à l'agent que la loi impute le fait, mais à la personne qui est en faute, soit pour avoir mal surveillé cet agent, soit pour lui avoir confié certaines fonctions (1).

2931. Quand la personne assignée comme civilement responsable est condamnée, elle a un recours contre celle qui a commis l'acte dommageable (2).

Ce recours est formellement réservé par quelques dispositions spéciales. Citons l'art. 206 C. forest., l'art. 74 de la loi du 15 avril 1829, et l'art. 8, tit. II, de la loi du 6 octobre 1791. Mais il faut certainement l'admettre même hors de ces cas spéciaux, car il est fondé sur un principe de droit commun.

Toutefois il ne saurait être d'aucune utilité quand l'auteur du dommage n'a pas une intelligence suffisante pour être lui-même responsable de ses actes. Alors, en effet, si ce dernier ne peut pas être directement poursuivi, c'est parce que l'acte commis par lui est considéré, à son égard, comme un cas fortuit. Or ce motif s'oppose tout aussi bien à ce qu'il puisse être recherché indirectement par celui qui est civilement responsable du dommage (3).

(1) Duranton, VII, n. 367, XIII, n. 717 et 719; Marcadé, V, sur l'art. 1384, IV; Zachariæ, § 447, note 4; Sourdat, *op. cit.*, II, n. 824 s.; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 765; Larombière, VII, p. 643 (art. 1384, n. 44); Vigié, II, n. 1797 *in fine*. — Caen, 2 déc. 1853, S., 54. 2. 385. — V. cependant Toullier, XI, n. 270.

(2) Toullier, XI, n. 271; Duranton, XIII, n. 722 et 725; Marcadé, V, sur l'art. 1384, IV *in fine;* Mourlon, II, n. 1696; Zachariæ, § 447, texte et note 10; Sourdat, *op. cit.*, II, n. 769 et 770; Aubry et Rau, 4e édit, IV, p. 767; Larombière, VII, p. 642 (art. 1384, n. 43); Demolombe, XXXI, n. 634-635; Laurent, XX, n. 622; Huc, *loc. cit.;* Planiol, II, 1re édit., n. 851, 2e, 3e et 4e édit., n. 912. — Req., 24 fév. 1886, S., 86. 1. 460, D. P., 87. 1. 31. — Cpr. Trib. civ. Bordeaux, 8 avril 1848, joint à Req., 22 nov. 1848, S., 48. 1. 700, D. P., 48. 1. 252. — Bruxelles, 27 juillet 1866, *Pasic.*, 66. 2. 389.

(3) Toullier, XI, n. 274; Larombière, VII, p. 643 (art. 1384, n. 44); Mourlon, II, n. 1696 *in fine;* Sourdat, *op. cit.*, II, n. 768; Laurent, Huc, Planiol, *loc. cit.*

2932. Ainsi que nous venons de le donner à entendre, la responsabilité civile qui pèse sur une personne à raison du fait dommageable accompli par autrui n'empêche point que l'auteur de ce fait en soit lui-même responsable, en vertu des art. 1382 et 1383; il est même tenu comme débiteur principal. La partie lésée peut donc l'actionner directement, si, du moins, le fait qui a causé le préjudice lui est moralement imputable. D'où il résulte que la situation de la personne civilement responsable peut être comparée à celle de la caution (1).

2933. La partie lésée peut former l'action en responsabilité civile accessoirement à l'action principale en dommages-intérêts; elle peut donc, lorsqu'il s'agit d'un délit criminel, la porter devant un tribunal de répression (2), si l'action principale en dommages-intérêts est formée devant ce même tribunal (3).

La partie lésée peut aussi poursuivre directement devant le tribunal civil la personne responsable en vertu de l'art. 1384, sans mettre en cause l'auteur du dommage. Si elle choisit cette seconde voie, l'action en responsabilité du fait d'autrui doit être portée devant le tribunal civil, lors même que le fait dommageable aurait le caractère de délit criminel (4).

2934. La responsabilité du fait d'autrui — nous l'avons

(1) Toullier, XI, n. 271; Duranton, XIII, n. 722 et 725; Zachariæ, § 447, texte et note 10; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 767; Larombière, VII, p. 634 (art. 1384, n. 31); Demolombe, XXXI, n. 634; Laurent, XX, n. 621; Huc, VIII, n. 441 (V. les deux dern. alin.). — Req., 17 juillet 1876, S., 76. 1. 477.

(2) Le Sellyer, *Tr. de la crim., de la pénal. et de la respons.*, II, n. 721; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 766; Larombière, VII, p. 634-635 (art. 1384, n. 32); Demolombe, XXXI, n. 635. — Cour d'assises du Haut-Rhin, 25 fév. 1831, S., 31. 2. 279. — Crim. rej., 18 juin 1847, S., 47. 1. 783; D. P., 47. 1. 223; 25 fév. 1848, S., 48. 1. 415, D. P., 48. 1. 74.

(3) Mangin, *Action publique*, I, n. 34; Le Sellyer, *op. cit.*, II, n. 480: Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 766, note 68; Larombière, VII, p. 637 (art. 1384, n. 33); Demolombe, XXXI, n. 635 *in fine*. — Crim. rej., 29 avril 1843, S., 43. 1. 923. D., *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 788-1°.

(4) Sourdat, II, n. 805; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 766; Larombière, VII, p. 636 (art. 1384, n. 34 et 35). — Grenoble, 13 mars 1834, D., *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 527 et 642. — Req., 19 fév. 1866, S., 66. 1. 214, D. P., 66. 1. 421. Crim. rej., 2 déc. 1881, S., 83. 1. 44, D. P., 82. 1. 191.

déjà dit — n'est nullement pénale, mais purement civile. Elle comprend les restitutions, indemnités et frais adjugés à la partie lésée. Elle comprend, en outre, au cas d'un délit criminel, les frais de poursuite dus au Trésor [1].

Mais elle ne s'applique pas, du moins en général, aux amendes prononcées à raison d'un délit [2], ni, en aucun cas, au paiement de la valeur des objets soumis à la confiscation, qui ne seraient pas représentés [3]. Ainsi, en matière de délit de chasse, la responsabilité civile du père se borne, aux termes de l'art. 28 de la loi du 3 mai 1844, aux dommages-intérêts et aux frais, elle ne saurait s'étendre à la confiscation des armes et engins [4].

2935. Toutefois, par exception, la responsabilité civile se trouve étendue à l'amende dans les cas où des lois particulières l'ont expressément déclaré. Il en est ainsi en matière de police des voitures et du roulage (l. 30 mai 1851, art. 13),

(1) Faustin-Hélie, *Instruct. crim.*, II, n. 612; Merlin, *Rép.*, v° *Respons. civ. des délits;* Toullier, XI, n. 276; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 767; Larombière, VII, p. 639 (art. 1384, n. 37); Demolombe, XXXI, n. 632. — Crim. cass., 14 juil. 1814, S. chr., IV. 1. 595, D., *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 766-6°; 18 avril 1828, S. chr., IX. 1. 79, 4 fév. 1830, S. chr., IX. 1. 447; 26 mai 1836, S., 36. 1. 780.

(2) Merlin, *op.* et v° *cit.;* Delvincourt, III, p. 454; Toullier, XI, n. 290; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Délit*, n. 3; Aubry et Rau, 4e édit., p. 767 *in fine;* Larombière, VII, p. 639 (art. 1384, n. 38); Demolombe, *loc. cit.* — V. cep. Crim. rej., 15 juin 1832, S., 32. 1. 847. — Trébutien, Laisné-Deshayes, Guillouard, *Cours élém. de dr. crim.*, 2e édit., I, n. 359; Ortolan, *Elém. de dr. pén.*, 5e édit., par Albert Desjardins, II, n. 1582; Chauveau et Faustin-Hélie, *Th. du C. pénal*, 6e édit., par Villey, I, n. 129, 388 s.; Blanche, *Etudes prat. sur le C. pén.*, 2e édit. par Dutruc, I, n. 285; Garraud, *Tr. th. et prat. du dr. pén. franç.*, I, n. 353, et *Préc. de dr. crim.*, 6e édit., n. 217; Laborde, *Cours de dr. crim.*, 2e édit., n. 690. — Crim. cass., 14 juil. 1814, précité; 14 janv. 1819, S. chr., VI. 1. 6; 8 août 1823, S. chr., VII. 1. 310; 30 juil. 1825, S. chr., VIII. 1. 165, D., *op.* et v° *cit.*, n. 505-4°; 15 déc. 1827, S., chr., VIII. 1. 724, D., *op.* et v° *cit.*, n. 505-6°; 5 nov. 1829, S. chr., IX. 1. 377; 9 juin 1832, S., 32. 1. 744, D. P., *op.* et v° *cit.*, n. 505-1°; 28 sept. 1838, S., 39. 1. 445; 14 nov. 1844, D. P., 45. 4. 459; 11 août 1848, S., 48. 1. 739; 24 mars 1855, S., 55. 1. 609, D. P., 55. 1. 219. — Crim. rej., 25 mars 1881, S., 82. 1. 143, D. P., 81. 1. 391. — Crim. cass., 4 fév. 1898, S., 99. 1. 198. — V. aussi Crim. rej., 3 mars 1859, S., 59. 1. 868, D. P., 61. 5. 424.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Larombière, VII, p. 640 (art. 1384, n. 39); Demolombe, XXXI, n. 632 *in fine*. — Grenoble, 16 fév. 1850, S., 50. 2. 95, et, sur pourvoi, Crim. rej., 6 juin 1850, S., 50. 1. 815, D. P., 50. 5. 59, et *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 505-5°. — V. en sens contraire Grenoble, 20 déc. 1848, S., 49. 1. 665, D. P., 50. 2. 96, note; 8 mars 1849, S., 50. 2. 229, D. P., 50. 2. 95.

(4) Crim. rej., 6 juin 1850, précité.

en matière de pêche côtière (décr. 9 janvier 1851) ou de pêche dans la mer du Nord (l. 15 janvier 1884, art. 20).

Mais il n'existe pas d'exception quant aux délits forestiers, de pêche fluviale et de chasse. C. forest., art. 206; L. 15 avril 1829, sur la pêche fluviale, art. 74; L. 3 mai 1844, sur la police de la chasse, art. 28.

Il est encore dérogé à notre principe quand l'amende a plutôt le caractère de restitution civile que de peine, comme en matière de douane (1) ou de contributions directes (2).

2936. Avant la loi du 22 juillet 1867, il y avait controverse quant au point de savoir si la contrainte par corps était applicable de plein droit aux personnes civilement responsables. A notre avis elle ne pouvait être décernée contre ces personnes qu'en vertu de l'art. 126 C. pr. civ. Or, d'après cet article, la contrainte par corps était simplement facultative pour le juge, tandis que l'art. 52 C. pén., visant les individus condamnés comme coupables de crimes, délits ou contraventions, prescrit l'emploi de cette mesure.

Aujourd'hui, en ce qui regarde les personnes civilement responsables, les tribunaux ne pourraient même plus prononcer la contrainte par corps en se fondant sur l'art. 126 du Code de procédure. La loi du 22 juillet 1867 l'a supprimée en matière commerciale et civile. Dans l'état actuel de notre législation, la contrainte par corps n'est admise, pour assurer le paiement de l'amende, des frais et des dommages-intérêts, qu'à l'égard des personnes condamnées pour crimes, délits ou contraventions. Art. 52 C. pén. (3).

2936 1. A raison de son caractère purement civil, l'action

(1) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 765, note 41; Larombière, VII, p. 639 (art. 1384, n. 38); Sourdat, *op. cit.*, II, n. 778; Laurent, XX, n. 615. — Crim. cass., 30 mai 1828, S. chr., IX. 1. 105, D., *Rép. alph.*, v° *Douanes*, n. 973; 5 septembre 1828, S. chr., IX. 1. 166, D., *loc. cit.*, 18 mars 1842, S., 42. 1. 465, D., *op.* et v° *cit.*, n. 976. — Ch. réunies, 13 mars 1844, S., 44. 1. 366, D., *loc. cit.* — Crim. rej., 11 déc. 1863, S., 64. 1. 301, D. P., 64. 1. 200. — Civ. cass., 30 nov. 1869, S., 70. 1. 115. D. P., 70. 1. 30.

(2) Aubry et Rau, Larombière, Sourdat, Laurent, *loc. cit.* — Crim. cass., 11 oct. 1834, S., 34. 1. 708. V. *Rép. alph.*, v° *Peine*, n. 768; 16 juil. 1886, S., 89. 1. 139.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 766 *in fine:* Larombière, VII, p. 641 *in fine* (art. 1384, n. 41, dern. al.). — Crim. cass. et rej., 25 mai 1881, S., 82. 1. 143, D. P., 81. 1. 391.

en responsabilité du fait d'autrui peut être exercée contre les héritiers de la personne civilement responsable, alors même qu'elle n'a pas été intentée avant la mort de celle-ci (1). Cette solution doit être admise même pour les cas où, par exception, la responsabilité s'étend aux amendes, notamment en matière de douanes et de contributions indirectes (2).

2937. Quant au point de savoir à quelle prescription est soumise l'action en responsabilité civile, on doit faire une distinction : lorsque le fait dommageable n'est pas incriminé par la loi pénale, cette action se prescrit par trente ans, suivant le droit commun.

Si, au contraire, il s'agit d'un délit criminel, l'action en responsabilité civile, aux termes des art. 2 et 635 s. C. inst. crim., se prescrit par le même laps de temps que l'action publique (3), et il n'y a pas à distinguer suivant qu'elle est exercée devant la juridiction criminelle accessoirement à l'action publique dirigée contre l'auteur de l'acte délictueux ou si elle est exercée séparément devant la juridiction civile (4).

On adresse à cette dernière solution une objection spécieuse : c'est seulement pour le cas où il s'agit de l'action en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention, que la loi assigne à l'action civile la même durée qu'à l'action publique. Cette disposition n'est donc pas applicable dans l'hypothèse, car l'action en responsabilité civile est fondée sur une simple négligence ou imprudence de la personne responsable du fait d'autrui, en un mot sur un

(1) Toullier, XI, n. 291; Sourdat, *op. cit.*, II, n. 775.

(2) Sourdat, *loc. cit.*

(3) Toullier, XI, n. 292; Vazeille, *Des prescriptions*, II, n. 594; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 767; Sourdat, II, n. 809; Chauveau et Faustin-Hélie, *op. cit.*, I, n. 299; Le Sellyer, *Action publique*, II, n. 396; Demolombe, XXXI, n. 636; Laurent, XX, n. 624. — Crim. rej., 2 août 1828, S. chr., XI. 1. 149. — Civ. cass., 3 août 1841, S., 41. 1. 753. — Colmar, 8 mai 1863, S., 63. 2. 101. — Aix, 9 juin 1864, S., 64. 2. 196, D. P., 64. 5. 287. — Req., 13 mai 1868, S., 68. 1. 356, D. P., 69. 1. 217; 12 janvier 1869, D. P., 69. 1. 219. — Montpellier, 10 janvier 1870, S., 70. 2. 143. — Nancy, 23 janvier 1875, S., 77. 2. 133. — Req., 1er mai 1876, S., 76. 1. 445, D. P., 76. 1. 400; 10 janvier 1877, S., 77. 1. 270, D. P., 77. 1. 197. — Poitiers, 27 mai 1890, D. P., 91. 2. 167. — Req., 12 février 1894, S., 94. 1. 168, D. P., 94. 1. 486; 13 décembre 1898, S., 99. 1. 25. D. P., 99. 1. 249. — Grenoble, 8 août 1900, D. P., 1901. 2. 130.

(4) Req., 13 mai 1868 et 12 janvier 1869, précités.

quasi-délit (1). Mais les termes de l'art. 2 C. inst. crim. sont absolus. Ils proscrivent toute action civile en réparation d'un dommage résultant de faits incriminés par la loi pénale, lorsque, étant formée après la prescription de l'action publique, elle conduirait à prouver ces faits à une époque où la loi pénale ne pourrait plus les réprimer (2).

Le principe que nous venons de poser serait applicable notamment à l'action en responsabilité formée contre une commune en vertu des art. 106 et 107 de la loi du 5 avril 1884 (3).

III. *Du principe que les dispositions qui rendent une personne responsable du fait d'autrui doivent être interprétées strictement.*

2938. Les dispositions qui rendent une personne responsable du fait d'une autre étant fondées sur une présomption légale de faute, doivent par cela même recevoir une interprétation stricte; car les présomptions légales, étant de droit étroit, ne sauraient être étendues d'un cas à un autre. De ce principe nous déduirons plusieurs conséquences :

α. Le mari n'est pas, en général, responsable, en cette seule qualité, du dommage causé par le fait de sa femme (4).

(1) Paul Collet, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1868, XXXIII, p. 1 s. — Cpr. la *Dissertation* de M. Beudant, dans le livre de Le Sellyer, II, n. 556.

(2) Demolombe, XXXI, n. 636 *bis*. — Cpr. Caen, 22 déc. 1876, S., 77. 2. 49.

(3) Cpr. Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 767. — Angers, 13 juill. 1850, S., 50. 2. 422. — Lyon, 4 avril 1851, S., 51. 2. 433, D. P., 52. 2. 34. — Civ. rej., 14 mars 1853, S., 53. 1. 342, D. P., 53. 1. 83. — Civ. cass., 6 mars 1855, S., 55. 1. 333, D. P., 55. 1. 84. — V. aussi Req., 25 fév. 1855, S., 55. 1. 330, D. P., 55. 1. 343.

(4) Merlin, *Rép.*, § 8, et *Quest.*, v° *Mar.*, § 1; Toullier, XI, n. 279; Duranton, XIII, n. 720; Marcadé, V, sur l'art. 1384, II; Colmet de Santerre, V, n. 365 *bis*-V; Zachariæ, § 447, texte et note 11; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 767, texte et note 49; Larombière, VII, p. 600-601 (art. 1384, n. 7); Demolombe, XXXI, n. 597-598; Laurent, XX, n. 607; Huc, VIII, n. 445 *in fine;* Thiry, III, n. 206 *in fine;* Chauveau et Faustin-Hélie, *Th. du C. pén.*, II, n. 296; Sourdat, *op. cit.*, II, n. 847 s.; Récamier, *Resp.*, p. 130. — Crim. cass., 6 juin 1811, S. chr., III. 1. 355, col. 3, D., *Rép. alph.*, v° *Contr. de mar.*, n. 987; 13 mai 1813, S. chr., IV. 1. 350, col. 3, D., *loc. cit.;* 18 nov. 1824, S. chr., VII. 1. 564, col. 3, D., *loc. cit.;* 20 janv. 1825, S. chr., VIII. 1. 21, D., *loc. cit.* — Cour de just. civ. de Genève, 24 fév. 1894, S., 94. 4. 31. — Orléans, 6 déc. 1894, D. P., 95. 2. 103. — Req., 21 oct. 1901, S., 1902. 1. 32, D. P., 1901. 1. 524. — Trib. civ. Bar-le-Duc, 9 avril 1902, et, sur appel, Nancy, 8 nov. 1902, S., 1904. 2. 241, D. P., 1906. 2. 297.

Mais, conformément à la disposition de l'al. 3 de l'art. 1384, sa responsabilité pourrait être engagée si sa femme était sa préposée. Il serait alors dans la même situation que tout autre commettant (1).

De plus la loi du 6 octobre 1791 *(Code rural,* tit. II *De la police rurale),* art. 7, le Code forestier, art. 206, la loi du 15 avril 1829, sur la pêche fluviale, art. 74, et le décret du 9 janvier 1852, sur la pêche côtière, art. 12, disposent que les maris sont civilement responsables des contraventions de police rurale, des délits forestiers et des délits de pêche commis par leurs femmes. Mais cette disposition ne se trouve pas dans la loi du 3 mai 1844, sur la police de la chasse. V. l'art. 28.

β. Réciproquement la femme d'un insensé ne saurait être responsable des faits dommageables accomplis par son mari. Aucune loi, en effet, n'établit une pareille responsabilité (2).

γ. De même, selon nous et contrairement à l'opinion de beaucoup d'auteurs, le tuteur n'est pas responsable du dommage causé par le fait de son pupille; bien qu'il y eût peut-être de bonnes raisons pour l'assimiler sur ce point aux père et mère. Nous ne voulons pas dire que le tuteur ne sera jamais responsable du dommage causé par son pupille; souvent ce dommage sera imputable au tuteur, en ce sens qu'il sera le résultat d'un défaut de surveillance; mais la faute du tuteur devra être établie; elle ne sera pas présumée de plein droit comme elle l'est pour les père et mère (3).

Toutefois le Code forestier, art. 206, la loi du 15 avril 1829,

(1) Laurent, XX, n. 608; Huc, *loc. cit.;* Sourdat, *op. cit.,* II, n. 857. — Req., 8 juill. 1872, S., 72. 1. 257, D. P., 73. 1. 33.

(2) Merlin, *Rép.,* v° *Femme,* n. 11; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 768; Larombière, *loc. cit.;* Sourdat, II, n. 867; Demolombe, XXXI, n. 597 et 602; Laurent, XX, n. 611. — Aix, 7 déc. 1866, S., 67. 2. 263, D., *Rép. alph.,* v° *Responsabilité,* n. 749. — Cpr. Crim. cass., 26 juin 1806, S. chr., II. 1. 259, D., *Rép. alph.,* v° *Responsabilité,* n. 601 et *Interdiction,* n. 46.

(3) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 365 *bis*-IV; Demolombe, XXXI, n. 387; Laurent, XX, n. 555; Huc, VIII, n. 440, p. 585. — *Contra* Duranton, XIII, n. 719; Marcadé, V, sur l'art. 1384, II; Mourlon, II, n. 1693; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 758; Larombière, VII, p. 599 (art. 1384, n. 6); Sourdat, II, n. 843; Thiry, III, n. 206, p. 227 *in fine;* Planiol, II, 1re édit., n. 949-2°, 2e, 3e et 4e édit., n. 910-2°. — Pothier se prononçait dans le second sens, *Oblig.,* n. 121.

art. 74, et la loi du 3 mai 1844, art. 28, déclarent le tuteur responsable des délits forestiers et des délits de pêche ou de chasse commis par le pupille [1].

δ. A plus forte raison — et sur ces divers points il ne saurait y avoir controverse — aucune responsabilité ne pèse sur le subrogé-tuteur par suite des faits dommageables commis par le pupille, ni sur le curateur à raison des actes du mineur émancipé, ni sur le conseil judiciaire à raison des actes du prodigue ou du faible d'esprit [2].

ε. L'oncle et la tante ne sont point responsables du dommage causé par le neveu mineur qui habite chez eux. Qu'on n'objecte pas qu'ils ont, à l'égard de celui-ci, une autorité analogue à celle du père et de la mère, auxquels ils sont, en réalité, substitués. Dans cette matière, il n'est pas permis de raisonner par analogie. Il suffit de répondre que la responsabilité dont il s'agit ne résulte d'aucune disposition législative [3].

ζ. Ainsi que nous l'avons déjà fait observer, la responsabilité de l'artisan à raison du dommage causé par son apprenti ne saurait être étendue au cas où il s'agit non d'un véritable apprenti, mais simplement d'un employé, cet employé fût-il mineur [4].

η. Enfin le bailleur n'est pas responsable du dommage occasionné à des tiers par des faits que le preneur a commis sans son autorisation. Le bailleur n'est pas le commettant du preneur. On ne saurait donc lui appliquer l'art. 1384, al. 3 [5].

(1) On ne trouve pas cette disposition dans le décret du 9 janvier 1852, sur la pêche côtière.

(2) Demolombe, XXXI, n. 395.

(3) Laurent, XX, n. 556. — Crim. cass., 24 mai 1855, D. P., 55. 1. 426. — Par application du même principe, il a été jugé que le mari d'une femme dont la fille a un enfant naturel, ne saurait être déclaré responsable, en vertu de l'art. 1384, des faits dommageables accomplis par cet enfant mineur habitant avec lui. Rouen, 18 nov. 1878, S., 80. 2. 316, D. P., 80. 2. 38.

(4) Trib. civ. Agen, 2 mars 1905, *Loi*, 5 avril 1905, *Mon. jud. Lyon*, 18 avril 1905.

(5) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 768; Sourdat, *op. cit.*, II, n. 895; Laurent, XX, n. 612. — Req., 12 juin 1855, S., 55. 1. 710, D. P., 55. 1. 422. — Grenoble, 19 juin 1866, D. P., 66, 2. 196. — Dijon, 7 août 1868, S., 68. 2. 315. — Cpr. Toulouse, 5 avril 1865, S., 65. 2. 205.

Nous ferons la même observation à propos des délits et des quasi-délits commis par un colon partiaire. La responsabilité du bailleur n'est certainement pas engagée par ces faits [1].

2939. En droit romain, les passants à qui un dommage avait été causé par des objets jetés ou répandus de l'intérieur d'une maison avaient une action solidaire contre chacune des personnes qui occupaient celle-ci à titre de propriétaires ou de locataires, sans être tenus de prouver que cet objet avait été jeté ou répandu précisément par telle de ces personnes, *cum sane impossibile est scire quis dejecisset vel effudisset,* suivant la remarque de Gaius [2]. C'était l'action *de effusis et dejectis,* qui est l'objet d'un titre entier du Digeste [3]. Elle constituait évidemment un cas de responsabilité du fait d'autrui. Cette action n'existe pas dans notre droit. Cela résulte des travaux préparatoires. La première rédaction du projet du titre sur les engagements qui se forment sans convention reproduisait, dans ses articles 16 et 17, le système romain. L'art. 16 portait : « Si d'une maison habitée par plusieurs personnes il est jeté sur un passant de l'eau ou quelque chose qui cause un dommage, ceux qui habitent l'appartement d'où on l'a jeté sont tous solidairement responsables, à moins que celui qui a jeté ne soit connu, auquel cas il doit seul la réparation du dommage ». L'art. 17 apportait une restriction en ce qui regarde « les hôtes qui n'habitent qu'en passant dans la maison » [4]. Mais M. Miot fit observer que l'énonciation du principe posé dans l'art. 15 (art. 1382 du Code) suffisait, et que *les exemples devaient être retranchés* [5]. Cette observation était manifestement inexacte. A deux points de vue l'action *de effusis et dejectis* dérogeait au droit commun, car elle établissait, à la charge des divers habitants de la maison, et une présomption de faute et la solidarité passive. Il s'agissait donc, en réalité, d'une disposition exceptionnelle. Mais

(1) Bourges, 7 déc. 1885, S., 86. 2. 107.
(2) L. 2, D., *De his qui effuderint vel dejecerint,* IX, 3.
(3) V. la note précédente.
(4) Fenet, XIII, p. 452; Locré, XIII, p. 15.
(5) Fenet, XIII, p. 455; Locré, XIII, p. 18-19, n. 12.

on n'aperçut pas le mal fondé de la critique, et les deux articles précités furent supprimés. Ainsi, aujourd'hui, dans l'hypothèse où le droit romain accordait l'action *de effusis et dejectis,* la personne lésée ne peut agir qu'en vertu des articles 1382 à 1384, c'est-à-dire soit contre l'auteur personnel du dommage, soit contre ceux dont il est civilement responsable (1).

§ II. *De la responsabilité du fait des choses.*

2940. Le principe de cette responsabilité est posé en termes très généraux par l'art. 1384, al. 1er *in fine,* aux termes duquel on est responsable « du dommage... causé par le fait... *des* » *choses que l'on a sous sa garde* ».

De même que la responsabilité du fait d'autrui a pour fondement l'idée de surveillance ou de direction, de même la responsabilité du fait des choses repose sur l'idée de *garde.* Il existe donc entre ces deux responsabilités une grande analogie, et l'on s'explique facilement que le législateur s'occupe de l'une et de l'autre dans la même disposition.

Ainsi le gardien d'une chose répond du préjudice par elle causé. L'art. 1385 contient un développement du principe pour le cas où le dommage a été occasionné par un animal, ou, peut-être plus exactement, il détermine l'étendue qu'il convient de donner, dans ce cas particulier, à l'application du principe. Quant à l'art. 1386, il formule une restriction pour le cas où le préjudice résulte de la ruine d'un bâtiment. Nous allons examiner d'abord ces deux dispositions particulières. Nous ferons ensuite l'application de la règle aux autres hypothèses qui peuvent se présenter et particulièrement à celle où le dommage a été causé par une chose mobilière inanimée.

(1) Toullier, XI, n. 148-150; Zachariæ, § 446, note 3; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 768 *in fine* et 769, texte et note 55; Larombière, VII, p. 633 (art. 1384, n. 30); Demolombe, XXXI, n. 626; Laurent, XX, n. 613. — V. cep. Delvincourt, III, p. 683.

I. *De la responsabilité du dommage résultant du fait d'un animal.*

2941. Aux termes de l'art. 1385 : « *Le propriétaire d'un animal ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé* ». Quel est le motif de cette disposition? La personne qui se sert d'un animal est tenue de le surveiller pour empêcher qu'il nuise, et, par suite, si cet animal cause un dommage, il est vraisemblable qu'il y a eu, de la part de cette personne, manque de surveillance. La loi présume, en conséquence, qu'il en a été ainsi (1). Toutefois, bien entendu, celui qui invoque la responsabilité dont il s'agit doit nécessairement prouver que c'est bien l'animal du défendeur qui a causé le dommage dont il demande la réparation (2).

En présence du principe général dont nous avons parlé au numéro précédent, la disposition de l'art. 1385 est-elle une simple superfétation? Non, car, d'abord, elle renferme, nous le répétons, un développement de ce principe, ou plutôt elle apporte une précision utile en déclarant qu'il est applicable dans un cas pour lequel il aurait pu y avoir doute. Elle explique, en effet, que la responsabilité doit être admise alors même que l'animal est *égaré ou échappé,* par conséquent dans un cas où, en fait, il n'est plus sous la garde de celui qui en a

(1) Req., 5 fév. 1906, D. P., 1906. 1. 96, *Gaz. Pal.,* 1906. 1. 467. — V. aussi Trib. civ. Pau, 17 déc. 1903, *Loi,* 5 mai 1904. — Limoges, 18 fév. 1904, *Pand. franç.,* 1905. 2. 104. — Cpr. Trib. com. Seine, 12 juin 1902, *Journ. trib. com.,* 1904. 173. — Amiens, 31 déc. 1903, *Droit,* 31 mars 1904. — La disposition de l'art. 1385 est inapplicable au cas de mort d'une jument à la suite d'une erreur de lieu commise par un étalon au cours d'une monte, ce dommage s'étant produit à l'occasion et pendant l'exécution d'une opération demandée par le propriétaire de la jument. L'étalonnier n'est responsable en pareil cas que si l'accident dont il s'agit est le résultat d'un défaut de soin, et c'est au propriétaire de la jument de prouver, conformément aux art. 1382 et 1383, qu'il en est ainsi. — Trib. civ. Rocroy, 28 juin 1905, *Gaz. Pal.,* 1905. 2. 349.

(2) Req., 6 mai 1901, S., 1902. 1. 286, *Pand. franç.,* 1903. 1. 63; 29 janv. 1906, S., 1906. 1. 235, D. P., 1907. 1. 71, *Gaz. Pal.,* 1906. 1. 280, *Pand. franç.,* 1906. 1. 110. — Nancy, 11 juil. 1907, *Gaz. Pal.,* 1907. 2. 131. — Req., 11 mai 1908, S., 1908. 1. 216, *Gaz. Pal.,* 1908. 1. 657.

l'usage (1). De plus, à un autre point de vue, — du moins dans notre opinion, — la disposition de l'art. 1385 a un caractère restrictif en ce qu'elle n'admet une présomption de faute, relativement au dommage causé par les animaux, qu'à l'égard des personnes *qui s'en servent,* et non pas à l'encontre de celles qui en ont la garde, sans pouvoir s'en servir (2).

2942. Le propriétaire d'un animal n'en est pas nécessairement responsable. La loi dit, en effet : « Le propriétaire de l'animal *ou* celui qui s'en sert ». La responsabilité ne pèse donc pas sur le propriétaire quand l'animal est entre les mains d'une autre personne qui en a l'usage à titre d'usufruitier, de fermier, de locataire ou d'emprunteur (3). Ainsi, dans cette hypothèse, le propriétaire et celui qui se sert de l'animal ne sont pas tenus cumulativement, mais alternativement. Le texte de la loi ne laisse aucun doute à cet égard (4).

(1) Le propriétaire d'une écurie de courses est civilement responsable des blessures faites à un spectateur par un de ses chevaux qui, après avoir désarçonné son jockey, est sorti de la piste et a pénétré dans la partie de la pelouse où se tenait le public. Trib. civ. Seine, 7 nov. 1905, *Gaz. Trib.*, 1906, 2e semestre, 2. 143.

(2) V. *infra*, n. 2944.

(3) *Sic* pour le métayer, Trib. paix Périgueux, 21 juin 1898, *Rec. assur.*, 1899, 40. — La commission de classement des chevaux, pendant le temps où elle leur fait exécuter des évolutions en vue de les classer, doit être considérée comme les ayant à son usage, et, par suite, c'est elle, et non les propriétaires des chevaux, qui est responsable, aux termes de l'art. 1385, des accidents causés par ces animaux au cours desdites évolutions. Lyon, 16 juill. 1898, *Mon. jud. Lyon*, 3 janv. 1899. — Lorsqu'un cheval a été remis à un voyageur de commerce pour des tournées lointaines d'une durée prolongée et suivant un itinéraire non déterminé à l'avance, le voyageur doit être considéré comme ayant accepté la garde de ce cheval et comme ayant par là même assumé la responsabilité réglée par l'art. 1385. Rouen, 1er déc. 1906, *Gaz. Pal.*, 1907. 1. 306.

(4) Colmet de Santerre, V, n. 366 *bis*-I; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 771-772, texte et note 12; Larombière, VII, p. 648 (art. 1385, n. 1); Demolombe, XXXI, n. 639 *bis*; Laurent, XX, n. 627; Huc, VIII, n. 450; Planiol, II, 1re édit., n. 958, 2e, 3e et 4e édit., n. 919. — Limoges, 28 nov. 1899, S., 1902. 2. 7. — Cour supér. de just. de Luxembourg (appel), 15 déc. 1899, S., 1901. 4. 20. — Poitiers, 9 déc. 1903, S., 1904. 2. 99, D. P., 1904. 2. 180, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 84. — V. aussi Civ. cass., 3 déc. 1872, S., 72. 1. 402, D. P., 73. 1. 337. — Req., 13 août 1877, S., 79. 1. 472, D. P., 79. 1. 182. — Bourges, 7 déc. 1885, S., 85. 2. 107. — Paris, 13 janv. 1892, S., 92. 2. 200, D. P., 92. 2. 141. — Civ. rej., 4 janv. 1893, S., 93. 1. 80, D. P., 93. 1. 80. — Dijon, 10 déc. 1896, D. P., 97. 2. 454. — Montpellier, 2 fév. 1899, S., 99. 2. 100, *Pand. franç.*, 1900. 2. 96. — Trib. civ. Seine, 16 fév. 1905, *Loi*, 19 avril 1905, *Mon. jud. Lyon*, 22 avril 1905.

Il s'ensuit que le propriétaire n'est pas responsable, en vertu de l'art. 1385, de l'accident causé par son animal à celui à qui il l'a prêté et qui en a fait usage dans son intérêt personnel (1).

Cependant, alors même que l'animal se trouve sous la garde d'un tiers quand il cause le dommage, le propriétaire demeure responsable s'il a commis un faute personnelle dans les termes des art. 1382 et 1383, notamment s'il n'a pas prévenu ce tiers des vices de l'animal et que le dommage soit le résultat de ces vices (2).

2943. Les mots « *celui qui s'en sert* » ne comprennent certainement pas celui qui emploie ou garde l'animal comme préposé du propriétaire. C'est ainsi qu'un pâtre ou un cocher, ne se servant pas de l'animal pour son propre compte, ne saurait être responsable en vertu de l'art. 1385. Sa responsabilité ne pourrait être engagée que par application des art. 1382 et 1383, c'est-à-dire si l'on établissait une faute à sa charge (3).

2944. Celui qui a simplement la garde d'un animal peut-il être assimilé à celui qui en a l'usage? Cette question s'est posée plusieurs fois, notamment à propos des hôteliers et aubergistes qui reçoivent dans leurs écuries les chevaux des voyageurs. Elle est résolue diversement par la jurisprudence. Dans un arrêt du 7 décembre 1903, la cour de Poitiers soutient en ces termes l'affirmative : « Attendu que les termes de l'art. 1385 ne doivent pas être interprétés dans ce sens restrictif que se servir d'un animal et l'avoir à son usage est uniquement le cas de celui qui l'emploie au genre de travail auquel l'animal est habituellement affecté; que si c'est là l'hypothèse la plus fréquente, elle n'est pas la seule à

(1) Bordeaux, 20 fév. 1908, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1908. 1. 220.

(2) Montpellier, 2 fév. 1899, Rouen, 1er déc. 1906, Bordeaux, 20 fév. 1908 (sol. impl., précités. — V. aussi Besançon, 26 août 1866, D. P., 70. 2. 187. — Paris, 13 janv. 1892, précité. — Cpr. Bourges, 19 nov. 1900, S., 1901. 2. 6.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 771; Larombière, VII, p. 649 (art. 1385, n. 3 ; Planiol, II, 1re édit., n. 958, 2e 3e et 4e édit., n. 919. — Paris, 10 mars 1892, D. P., 94. 2. 115; 1er août 1894, S., 94. 2. 304. — V. aussi Bordeaux, 10 mars 1874, S., 74. 2. 252, D. P., 75. 2. 67. — V. cependant Grenoble, 8 août 1900, D. P., 1901. 2. 130. — Agen, 13 mars 1902, *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 815, *Loi*, 8 juill. 1902.

laquelle la disposition s'applique; que celui-là pareillement se sert de l'animal ou l'a à son usage qui en retire un profit personnel, par le moyen de sa propre industrie; que spécialement un hôtelier qui reçoit les chevaux de ses clients dans son écurie, soit en percevant une rémunération directe pour le prix de l'hospitalisation, soit simplement pour achalander à raison de cette commodité son établissement, doit être réputé en avoir l'usage en même temps que la garde; attendu que l'art. 1385 doit s'entendre, d'ailleurs, comme un cas d'application de la responsabilité posée en principe dans l'article précédent pour les choses que l'on a sous sa garde » (1).

La cour d'Alger, dans un arrêt du 28 janvier 1899, invoque, à l'appui de la thèse contraire, les arguments suivants: « ... Attendu qu'en prévoyant, en cas d'accident, le principe d'une responsabilité à l'encontre du propriétaire de l'animal d'abord, à l'encontre ensuite de celui qui se sert du même animal, l'art. 1385 C. civ. a édicté une prescription d'un caractère exceptionnel et conséquemment restrictive de toutes autres circonstances; — Qu'il n'a pas prévu un troisième cas de responsabilité imputable à celui qui, pour un motif ou pour un autre, aurait accepté momentanément la garde d'un animal dont il lui était impossible de connaître les habitudes

(1) Arrêt précité. — V. dans le même sens Sourdat, *op. cit.*, 5e édit., II, n. 1435 *bis*. — Trib. civ. Trévoux, 25 déc. 1895, *Mon. judic. Lyon*, 11 déc. 1896. — Trib. civ. Abbeville, 9 fév. 1898, *Rec. Amiens*, 1898, 77. — Montpellier, 2 fév. 1899, Cour supér. de just. de Luxembourg (appel), 15 déc. 1899, précités. — Agen, 13 mars 1900 (sol. impl.), S., 1905, 2. 15. — Trib. civ. Muret, 21 juill. 1900, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e semestre, 2. 477. — Riom, 3 mars 1906, *Rec. Riom*, 1906, 180. — Chambéry, 5 juin 1906, *Loi*, 29 octobre 1906. — Limoges, 8 juin 1906, *Rec. Riom*, 1806, 182. — Cpr. Besançon, 26 août 1869, D. P., 70. 2. 187. — Dijon, 13 nov. 1893, S., 94. 2. 110, D. P., 94. 2. 71. — Les espèces sur lesquelles ont statué ces deux derniers arrêts présentaient cette particularité que le propriétaire avait averti l'aubergiste des vices de son animal et que, néanmoins, l'aubergiste avait accepté la garde de celui-ci. — D'après un arrêt de la cour de Caen, du 13 avril 1897, on ne saurait poser en principe que l'aubergiste qui a la garde d'un cheval doive être considéré comme en ayant momentanément l'usage. Pour que les aubergistes soient responsables du dommage causé par les animaux qui leur sont confiés, il est nécessaire qu'ils aient fait à cette occasion un acte lucratif rentrant dans l'exercice de leur profession. Leur responsabilité ne peut pas être engagée lorsqu'ils n'ont pas à percevoir de rétribution pour la garde de ces animaux. S., 98. 2. 135. — Cpr. Trib. civ. Figeac, 21 mai 1897, *Pand. franç.*, 98. 2. 227.

ou les vices et de prévoir les dangers pouvant en résulter pour autrui; — Attendu que, pourtant, c'est précisément de la connaissance présumée de ces habitudes ou de ces vices que découle la responsabilité du propriétaire de l'animal ou celle de celui qui, en ayant fait usage, a pu l'éprouver et le connaître comme le propriétaire lui-même; — Attendu que notamment l'aubergiste, que sa profession met dans la nécessité de recevoir dans ses écuries des animaux de toutes provenances et qui ne font que passer, ne saurait être responsable d'accidents qu'il ne lui était possible ni de prévoir, ni de conjurer » (1).

Nous suivons la seconde opinion. Mais nous devons compléter la démonstration de la cour d'Alger. La présomption établie par l'art. 1385 doit, comme toutes les présomptions légales, recevoir une interprétation restrictive. On ne saurait donc l'étendre par voie d'analogie. Or, on ne peut, sans altérer le véritable sens des mots, prétendre qu'avoir simplement la garde d'un animal, c'est en avoir l'usage. Cette proposition est manifestement inexacte même au cas où le gardien de l'animal est rémunéré pour le service qu'il rend au propriétaire. La présomption de l'art. 1385 ne peut donc pas être invoquée contre lui. Il ne pourrait être déclaré responsable qu'en vertu des art. 1382 et 1383, c'est-à-dire que si le demandeur prouvait qu'il est en faute. On objecte que la disposition de l'art. 1385 n'est qu'une application du principe général posé dans l'art. 1384, relativement à la responsabilité du dommage causé par les choses que l'on a sous sa garde. Conformément à ce principe, le gardien de l'animal serait responsable. Nous répondrons que l'art. 1385 ayant réglé d'une façon spéciale notre matière, c'est dans sa disposition,

(1) D. P., 1901. 2. 14. — V. dans le même sens, Orléans, 10 déc. 1896, S., 97. 2. 52. — Bourges, 19 nov. 1900, S., 1901. 2. 6. — Trib. civ. Angoulême, 6 août 1902, *Droit*, 24 août 1902. — Douai, 31 mars 1903, *Droit*, 12 sept. 1903, *Gaz. Trib.*, 1903, 2e semestre, 2. 364. — Trib. civ. Auxerre, 16 nov. 1904, *Droit*, 22 nov. 1904. — Trib. civ. Roanne, 31 janv. 1905, *Pand. franc.*, 1905. 2. 90, *Loi*, 9 mars 1905, *Mon. jud. Lyon*, 27 fév. 1905. — Rennes, 19 mars 1907, S., 1907. 2. 63, *Gaz. Pal.*, 1907. 1. 551, *Rec. Nantes*, 1907. 1. 319. — V. sur cette dernière décision G. Ripert, *Examen doctrinal, Jurispr. civile, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 57e année, 1908, nouv. série, t. XXXVII, p. 296-207.

et non dans celle de l'art. 1384, qu'il nous faut puiser notre solution [1].

Ce n'est pas seulement à propos des aubergistes que la jurisprudence a été appelée à se prononcer sur le point de savoir si la personne qui a simplement la garde d'un animal doit être assimilée à celle qui s'en sert. D'après un arrêt de la cour de Paris, du 14 janvier 1892, la société concessionnaire de la garde et de la surveillance des chevaux et voitures en stationnement près d'un marché est responsable dans les termes de l'art. 1385, et à l'exclusion du propriétaire, de l'accident causé par un cheval confié à ses soins [2]. De même, d'après un arrêt de la cour de cassation, du 3 décembre 1872, « un artisan (dans l'espèce, un maréchal-ferrant) qui reçoit chez lui un animal pour lui donner les soins que son état exige, doit être considéré comme l'ayant pris sous sa garde et assimilé à une personne qui en a momentanément l'usage... par conséquent, tant que l'animal n'est pas restitué au propriétaire, ce dernier, à moins d'avoir commis une faute particulière..., ne saurait être rendu responsable du dommage que cet animal a pu causer » [3]. Il est évident que nous ne pourrions, sans inconséquence, approuver ces deux décisions.

Mais la cour de Paris a fort bien décidé, par un arrêt du 26 octobre 1905, que l'art. 1385, édictant une exception au principe général que toute responsabilité suppose une faute, ne saurait recevoir une interprétation extensive et qu'on ne peut, dès lors, en faire l'application, par voie d'analogie, à ceux qui ne sont ni propriétaires ni usagers d'un animal, notamment au vétérinaire qui reçoit chez lui un cheval pour lui donner des soins et non pas pour en faire usage [4].

(1) Planiol, II, 2e, 3e et 4e édit., n. 919 *in fine*.

(2) Paris, 13 janv. 1892, S., 92. 2. 200, D. P., 92. 2. 411. — V. aussi Paris, 26 mai 1897, *Gaz. Trib.*, 26 juin 1897.

(3) Civ. cass., 3 déc. 1872, S., 72. 1. 402, D. P., 73. 1. 337. — V. aussi dans le même sens, Lyon, 14 juin 1900, *Mon. jud. Lyon*, 29 nov. 1900.

(4) *Gaz. Trib.*, 19 décembre 1905, *Mon. jud. Lyon*, 13 février 1906. — La ville de Paris ne doit pas être considérée comme ayant, par suite du paiement de la taxe de stationnement, le cheval à son usage ou même sous sa garde, quand, à la station, le cocher s'absente en confiant cheval et voiture au cantonnier de la sta-

2945. En général, puisque la responsabilité ne pèse qu'alternativement sur le propriétaire ou sur la personne qui a l'usage de l'animal, celle-ci, lorsqu'elle est actionnée en dommages-intérêts, n'a, contre le propriétaire, aucun recours en garantie. Cependant il en serait autrement si le dommage avait pour cause les vices de l'animal et si aucune faute ou négligence n'était imputable à la personne qui s'en servait (1).

2946. Ainsi qu'on l'a vu, la faute du propriétaire ou de celui qui a l'usage de l'animal est présumée. Elle n'a donc pas besoin d'être prouvée par le demandeur en dommages-intérêts (2). Art. 1352, al. 1. Mais la présomption qui sert de base à la disposition de l'art. 1385 n'est pas de celles qui n'admettent pas la preuve contraire. Arg. art. 1352, al. 2 (3). Le défendeur pourrait donc échapper à toute condamnation en établissant que le dommage a pour cause soit un cas fortuit ou de force majeure, soit une faute de la victime (4).

tion. Ce dernier n'agit pas alors comme préposé de la ville, mais comme auxiliaire bénévole du cocher. — Trib. com. Seine, 11 oct. 1905, *Gaz. Pal.*, 1906. 1. 36, *Gaz. Trib.*, 19 décembre 1906. — V. encore sur le principe Trib. paix Paris, 4 octobre 1907, *Gaz. Trib.*, 1er mars 1908, *Mon. jud. Lyon*, 21 décembre 1907.

(1) Marcadé, V, sur les art. 1385 et 1386, I, *al. fin.*; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 771 *in fine* et p. 772, texte et note 13; Larombière, VII, p. 648 *in fine* et p. 649 (art. 1385, n. 2); Demolombe, XXXI, n. 639 *bis in fine* et 640. — Civ. cass., 3 déc. 1872, et Req., 13 août 1877, précités.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 771; Larombière, VII, p. 648 (art. 1385, n. 1); Demolombe, XXXI, n. 638; Laurent, XX, n. 625; Huc, VIII, n. 450; Planiol, II, 1re édit., n. 959, 2e, 3e et 4e édit., n. 920; Hudelot et Metman, n. 480. — Douai, 12 nov. 1864, S., 65. 2. 76. — Trib. de Bergerac, 23 août 1870, joint à Bordeaux, 10 mars 1874, S., 74. 2. 252, D. P., 75. 2. 67. — Poitiers, 7 déc. 1903, S., 1904. 2. 99, D. P., 1904. 2. 180. — Trib. com. Seine, 10 octobre 1903, *Journ. trib. com.*, 1905. 198.

(3) Laurent, XX, n. 629.

(4) Riom, 31 déc. 1884, D. P., 86. 2. 7. — Civ. cass., 27 oct. 1885, S., 86. 1. 33, D. P., 86. 1. 207. — Civ. rej., 9 mars 1886, D. P., 86. 1. 208. — Paris, 11 mars 1889, joint à Civ. rej., 14 déc. 1892, D. P., 93. 1. 489. — Douai, 5 mars 1890, D., *Suppl. au Répert. alph.*, vo *Responsabilité*, n. 929. — Req., 1er fév. 1892, S., 92. 1. 128, D. P., 92. 1. 501. — Civ. rej., 8 janv. 1894, S., 94. 1. 184, D. P., 94. 1. 303. — Dijon, 21 juin 1894, D. P., 95. 2. 48. — Paris, 17 nov. 1894, S., 97. 2. 211. — Amiens, 9 janv. 1895, S., 97. 2. 211, D. P., 95. 2. 359. — Paris, 20 fév. 1896, S., 97. 2. 107. — Dijon, 10 déc. 1896, D. P., 97. 2. 454. — Caen, 13 avril 1897, S., 98. 2. 135. — Paris, 29 avril 1897 (sol. impl.), D. P., 97. 2. 271. — Trib. supér. de Cologne, 21 mars 1899, S., 1901. 4. 19. — Cour supér. de just. de Luxembourg (appel), 15 déc. 1899, S., 1901. 4. 20. — Req., 14 mai 1900, S., 1900. 1. 453, D. P.,

2946 I. Mais de quelle manière cette preuve doit-elle être administrée ? Faut-il que le défendeur prouve directement la faute de la victime ou le cas de force majeure ? Suffit-il qu'il justifie qu'il a fait tout ce qui lui était possible pour empêcher le dommage et que, par suite, il n'a commis ni faute, ni négligence ?

Sur ce point, il y a controverse. Nous suivrons l'opinion qui exige une preuve directe et précise. Elle nous paraît être la plus juridique. La responsabilité prononcée par l'art. 1385 est absolue. Elle ne saurait s'évanouir que s'il est démontré qu'il y a eu cas de force majeure ou faute de la victime. Or, un pareil fait ne peut être véritablement établi que d'une façon directe. Suivant l'observation de Labbé : « La preuve de l'accomplissement de toutes les mesures commandées par la prudence, de toutes les précautions possibles, est une preuve en réalité impraticable. L'absence de faute est une négative indéfinie » (1). Le procédé de démonstration que l'on qualifie de preuve indirecte laisse toujours place à la possibilité d'une faute, tout au moins d'une faute légère ; il ne saurait engendrer que des vraisemblances plus ou moins suspectes. D'ailleurs, ainsi qu'il résulte de l'art. 1384, lorsque, en matière de responsabilité, les auteurs du Code ont voulu

1900. 1. 72. — Orléans, 28 avril 1900, *Pand franç.*, 1901. 2. 31. — Caen, 14 nov. 1900, *Rec. Rouen*, 1900. 2. 204. — Bourges, 19 nov. 1900, S., 1901. 2. 6. — Trib. civ. Bayeux, 4 janv. 1901, *Rec. Rouen*, 1901. 1. 108. — Civ. rej., 11 mars 1902, S., 1902. 1. 309, D. P., 1903. 1. 614, *Pand. franç.*, 1902. 1. 279. — Civ. cass., 29 mai 1902, S., 1902. 1. 310, D. P., 1903. 1. 614, *Pand. franç.*, 1902. 1. 319, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 199. — Req., 2 juil. 1902, S., 1902. 1. 448, D. P., 1902. 1. 431, *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 108. — Chambéry, 25 fév. 1903, S., 1905. 2. 262, D. P., 1905. 2. 299. — Caen, 27 mai 1903, *Droit*, 20 nov. 1903. — Trib. com. Lyon, 16 juin 1903, *Droit*, 15 oct. 1903, *Mon. jud. Lyon*, 21 juil. 1903. — Req., 5 fév. 1906, S., 1906. 1. 404, D. P., 1906. 1. 96, *Gaz. Pal.*, 1905. 1. 467. — V. encore Trib. com. Marseille, 4 juil. 1905, *Rec. Marseille*, 1905. 1. 331. — Trib. civ. Seine, 14 sept. 1905, *Journ. Trib. com.*, 1907, 176 ; 7 nov. 1905, *Gaz. Trib.*, 1906, 2e semestre, 2. 143. — Trib. civ. Bourg, 13 fév. 1906, *Loi*, 24 fév. 1906. — Trib. civ. Toulouse, 31 janv. 1907, *Gaz. Midi*, 28 avril 1907. — La frayeur causée à un cheval par le passage normal d'une ou de plusieurs voitures automobiles ne saurait engager la responsabilité des maîtres de ces voitures, et le propriétaire de l'animal est responsable du dommage causé à une automobile par suite d'une collision due à un écart brusque du cheval. Trib. civ. Châtillon-sur-Seine, 11 février 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 443, *Gaz. Trib.*, 27 mars 1908.

(1) S., 85. 2. 99, col. 1 *in medio* et colonne 2.

permettre au défendeur de prouver *qu'il n'a pu empêcher le fait* dommageable, ils ont eu le soin de l'expliquer (1).

2947. Disons quelques mots d'une hypothèse qui est spécialement prévue par plusieurs auteurs et dont les tribunaux ont été souvent appelés à s'occuper : en s'efforçant d'arrêter un animal échappé, de maîtriser un animal furieux, un individu est blessé ou tué. A la suite de cet accident, une action en dommages-intérêts est exercée par lui ou par ses héritiers contre le maître de l'animal. Peut-elle être déclarée mal fondée par le motif que la victime a commis une imprudence? La doctrine et la jurisprudence répondent négativement. On ne saurait reprocher à quelqu'un son courage et son dévouement (2).

(1) *Sic* Marcadé, V, sur l'art. 1385, I; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 771, texte et note 10; Larombière, VII, p. 651 (art. 1385, n. 6); Demolombe, XXXI, n. 654; Labbé, *Note* sous trois arrêts de la cour de Paris, S., *loc. cit.*; Ripert, *Examen doctr.*, *Jurispr. civ.*, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 57e année, 1908, t. XXXVII, p. 206-207. — Douai, 12 nov. 1864, S., 65. 2. 76. — Req., 23 décembre 1879, S., 80. 1. 463, D. P., 80. 1. 134. — Besançon, 3 déc. 1881, D. P., 82. 2. 151. — Paris, 23 fév. 1884, S., 86. 2. 97. — Besançon, 20 nov. et 4 déc. 1889, D. P., 90. 2. 921. — Douai, 5 mars 1890, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 929. — Civ. cass., 28 novembre 1904, S., 1906. 1. 488, D. P., 1905. 1. 253. — Douai, 19 novembre 1906, S., 1907. 2. 63. — Trib. paix Paris, 4 oct. 1907, *Gaz. Trib.*, 1er mars 1908, *Loi*, 9 oct. 1907, *Mon. jud. Lyon*, 21 déc. 1907. — Rennes, 18 déc. 1907, *Gaz. Trib.*, 24 mars 1908, *Loi*, 9 janvier 1908, *Mon. jud. Lyon*, 7 février 1908. — La jurisprudence belge est actuellement formée dans le même sens. Liège, 8 décembre 1897, *Pasicr.*, 98. 1. 134. — Bruxelles, 16 janvier 1901, *Pasicr.*, 1901. 2. 226. — Gand, 19 juillet 1901, *Pasicr.*, 1902. 2. 187. — Liège, 22 juillet 1901, *Pasicr.*, 1902. 2. 186. — Cass. Belgique, 16 octobre 1902, S., 1906. 4. 25. — Liège, 6 juin 1903, *Pasicr.*, 1903. 2. 342. — *Contra* Colmet de Santerre, V, n. 366 *bis*-II; Sourdat, II, n. 1431-1432; Laurent, II, n. 626; Huc, VIII, n. 451-3°; Planiol, 1re édit., n. 959, 2e, 3e et 4e édit., n. 920; Fromageot, *De la faute comme source de la responsabilité*, p. 161. — Bruxelles, 11 mars 1829, D., *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 723. — Paris, 14 nov. 1863, D. P., 63. 5. 329. — Toulouse, 5 avril 1865, S., 65. 2. 205, D. P., 66. 5. 411. — Montpellier, 23 juil. 1866, S., 67. 2. 220, D. P., 68. 2. 72. — Paris, 17 mars 1884, S., 86. 2. 97. — Trib. civ. Chambéry, 28 mars 1885, S., 86. 2. 117. — Gand, 4 juin 1903, *Pasicr.*, 1903. 2. 345.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 771, texte et note 9; Sourdat, II, n. 1436, al. 4; Demolombe, XXXI, n. 652; Huc, VIII, n. 451-2°, p. 602. — Metz, 19 fév. 1863, S., 63. 2. 123, D. P., 63. 2. 153. — Douai, 13 nov. 1864, S., 65. 2. 76, D. P., 94. 2. 115, sous-note *a*. — Paris, 21 juil. 1866, S., 67. 2. 220, D. P., *ibid.*, sous-note *b*. — Riom, 18 août 1879, D. P., *ibid.*, sous-note *c*. — Trib. civ. Chambéry, 15 janv. 1886, S., 86. 2. 117, D. P., *ibid.*, sous-note *d*. — Paris, 10 mars 1892, S., 92. 2. 255, D. P., 94. 2. 115; 17 nov. 1894, S., 97. 2. 211, D. P., 95. 2. 358. — Amiens, 9 janv. 1895, S., 97. 2. 211, D. P., 95. 2. 359. — Paris, 20 fév. 1896, S., 97. 2. 107, D. P.,

2948. L'art. 1385, ne distinguant pas, est applicable à tous les animaux qui sont l'objet d'un droit de propriété.

1° Il s'applique donc en premier lieu aux animaux domestiques, tels que bestiaux, chevaux, chiens, chats et volailles (1);

2° Il s'applique également aux bêtes féroces d'une ménagerie (2).

2948 I. La disposition de l'article 1385 doit être considérée comme ayant en vue même les animaux vivant dans leur état de liberté naturelle, pourvu, bien entendu, qu'ils soient la propriété de la personne dont la responsabilité est en jeu. Ici nous indiquerons :

1° Les lapins de garenne. Ils appartiennent au propriétaire de la garenne où ils séjournent, et même l'art. 524 les met au nombre des immeubles par destination (3). Mais, dans notre hypothèse, l'application de l'art. 1385 suppose que les lapins se trouvent dans un bois disposé pour leur nourriture et pour leur entretien. Le propriétaire d'un bois qui n'est pas destiné à servir de réserve aux lapins qui l'habitent ou qui s'y rassemblent, n'est pas de plein droit responsable des dégâts causés par ces animaux. Sa responsabilité ne peut être engagée que dans les termes des art. 1382 et 1383, c'est-à-dire s'il y a eu, de sa part faute, négligence ou imprudence (4).

96. 2. 512. — Trib. com. Seine, 3 janvier 1900, S., 1901. 2. 217 (note de M. E.-H. Perreau). — Paris, 17 nov. 1906, *Droit*, 11 décembre 1906. — Paris, 30 janv. 1907, S., 1908. 2. 44. — Trib. paix Paris, 8 juin 1907, *Mon. jud. Lyon*, 27 juin 1907. — Rappr. Trib. civ. du Puy, 25 juin 1908, D. P., 1908. 5. 55.

(1) Jugé que la disposition de l'article 1385 concerne les chats lorsqu'ils n'ont pas abandonné la maison de leur maître pour divaguer à l'état sauvage. — Trib. paix Schaerbeck-lès-Bruxelles, 18 mai 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 200.

(2) Sebire et Carteret, *Encycl. du droit*, v° *Animaux*, art. 1, § 2, *Animaux féroces:* Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 769 *in fine* et p. 770; Demolombe, XXXI, n. 642; Huc, VIII, n. 450.

(3) Toullier, XI, n. 307; Marcadé, V, sur les art. 1385 et 1386, I, al. 3; Aubry et Rau, IV, 4e édit., p. 769 *in fine* et p. 770, texte et note 4; Larombière, VII, p. 656 (art. 1385, n. 12 *in fine*); Sourdat, *op. cit.*, II, n. 1425, al. 1 et 2; Demolombe, XXXI, n. 645; Laurent, XX, n. 634; Huc, IV, n. 29; Planiol, II, 1re édit., n. 960, 2e, 3e et 4e édit., n. 921. — Req., 10 déc. 1877 (motifs), S., 78. 1. 65, D. P., 78. 1. 319; 29 oct. 1889, S., 90. 1. 53, D. P., 90. 1. 432. — Civ. cass., 13 juil. 1903 (motifs), S., 1903. 1. 464, D. P., 1903. 1. 368.

(4) V. *infra*, n. 2949.

Mais, au point de vue de l'application de l'art. 1385, peu importe que la garenne soit close ou non. Du moment que le terrain est disposé pour recevoir et nourrir des lapins, le propriétaire de ce terrain, étant aussi propriétaire des lapins qui l'habitent, est responsable du dommage qu'ils ont causé (1).

2948 II. 2° Les abeilles des ruches. Le propriétaire d'un rucher répond du dommage causé par les abeilles. Cette solution est admise par la plupart des auteurs (2). Mais, en réalité, tout en mentionnant l'article 1385, les décisions judiciaires qu'on cite sur la question s'en tiennent, en général, à l'application des dispositions des art. 1382 et 1383.

Cependant le tribunal civil de Toulouse, dans un jugement du 2 décembre 1904, s'est placé nettement et exclusivement sur le terrain de l'art. 1385. Il pose en principe « que les abeilles qui volent hors de leur rucher et y reviennent constituent une propriété privée; qu'il en résulte qu'un propriétaire d'abeilles est passible de la responsabilité édictée par l'art. 1385 C. civ.; que cette responsabilité s'étend aussi bien aux dommages causés aux fruits et récoltes (L. 21 juin 1868, art. 17), qu'aux accidents occasionnés aux personnes ou aux animaux » (3).

(1) Toullier, XI, n. 311-312; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 770, note 4; Demolombe, *loc. cit.* — Req., 22 mars 1837, S., 37. 1. 298; 23 déc. 1846, S., 47. 1. 288; 7 mars 1849, S., 49. 1. 657.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 769; Demolombe, XXXI, n. 644; Bouniceau-Gesmon, *De la responsabilité civile en matière de dommages causés par les abeilles, Rev. prat. de droit franç.*, 1869, t. 27, p. 417 s.; Montels, *Abeilles. dommages causés aux fruits, même rev.*, 1872, t. 33, p. 293 à 305; Laurent, XX, n. 633; Planiol, *loc. cit.* — V. aussi Larombière, VII, p. 656 (art. 1385, n. 12 *in fine*); Huc, IV, n. 30. — Cpr. Sourdat, II, n. 1441. — *Contra* Dutruc, *Journ. du ministère public*, t. 3, n. 97, p. 152.

(3) Trib. civ. Toulouse, 2 déc. 1904, S., 1905. 2. 286. — Cpr. Limoges, 5 déc. 1860, S., 61. 2. 9, D. P., 67. 5. 368. — Trib. civ. Bordeaux, 6 juin 1869, D. P., 70. 3. 37. — Paris, 29 mars 1879, S., 79. 2. 269. — Trib. civ. Seine, 8 fév. 1888, *Droit*, 13 avril 1888. — Dans ces trois décisions, les juges ont invoqué à la fois l'art. 1382 et l'art. 1385 et ont relevé une imprudence à la charge du défendeur. — Rappr. Trib. civ. Seine, 7 mars 1888 (motifs), et, sur appel, Paris, 31 oct. 1888 (confirmation pure et simple des motifs du jugement), D. P., 90. 2. 108. — *Contra* Trib. civ. Aubusson, 30 mai 1860, réformé par Limoges, 5 déc. 1860, précité. — Trib. civ. Evreux, 24 déc. 1894, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 131. Ces deux jugements, qui se prononcent nettement contre l'application de l'art. 1385, sont fondés sur cette

2948 III. 3° Les pigeons des colombiers. Il importe peu, au point de vue de l'application de l'art. 1385, qu'il ait été pris ou non un arrêté prescrivant la fermeture des colombiers et que les pigeons aient causé le dommage pendant ou après le temps fixé pour cette fermeture (1).

Un juge de paix a donc pu sans excès de pouvoir allouer des dommages-intérêts à un propriétaire dont les récoltes avaient été endommagées par les pigeons d'un propriétaire voisin, bien que son jugement n'énonçât l'existence d'aucun arrêté municipal déterminant le temps pendant lequel les pigeons devaient être renfermés (2).

Toutefois cette circonstance que le dommage est causé pendant le temps de la clôture des colombiers présente de l'intérêt à un autre point de vue. On lit, en effet, dans l'art. 7 de la loi du 4 avril 1889 (*Code rural*, liv. I : *Régime du sol*; tit. VI : *Des animaux employés à l'exploitation des propriétés rurales* : « Pendant le temps de la clôture des colombiers, les propriétaires et les fermiers peuvent tuer *et s'approprier les pigeons* qui seraient trouvés sur leurs fonds, indépendamment des dommages-intérêts et des peines de police encourues par les propriétaires des pigeons. — En tout autre temps, les propriétaires et fermiers peuvent exercer, à l'occasion des pigeons trouvés sur leurs fonds, les droits déterminés par l'art. 4 ». Il résulte de ce renvoi à l'art. 4 que si, dans tout autre temps, les propriétaires et fermiers peuvent encore tuer les pigeons trouvés sur leurs fonds, ils ne peuvent pas se les approprier.

2949. La responsabilité édictée par l'art. 1385 ne saurait peser sur le propriétaire d'un terrain à raison du dégât causé

proposition que les abeilles sont comprises parmi les animaux sur lesquels on n'a qu'un simple droit d'occupation et dont on ne saurait maîtriser les instincts naturels : « Les abeilles sont considérées comme des animaux farouches », dit le tribunal d'Aubusson.

(1) Merlin, *Répert.*, v° *Colombiers*; Toullier, XI, n. 303; Villequez, *Du droit de destruction des animaux malfaisants ou nuisibles*, n. 88; Aubry et Rau, 4e édit. IV, p. 769 *in fine* et 770, texte et note 2; Larombière, *loc. cit.*; Sourdat, II, n. 1421; Demolombe, XXXI, n. 643; Laurent, XX, n. 632.

(2) Civ. cass., 28 janv. 1824, S. chr., VII. 1. 332, D., *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 732.

par le gibier qui vit sur sa propriété, car ce gibier ne lui appartient pas.

Cependant, si un propriétaire, pour se ménager le plaisir de la chasse, favorise chez lui la multiplication d'animaux nuisibles (1), tels que des sangliers (2), des cerfs (3), ou des lapins (nous supposons que ces lapins n'habitent pas des

(1) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 770; Larombière, VII, p. 655 (art. 1385, n. 12, al. 2); Demolombe, XXXI, n. 646; Laurent, XX, n. 636; Huc, VIII, n. 453; Planiol, II, 1re édit., n. 961, 2e, 3e et 4e édit., n. 922. — Req., 31 juill. 1876, S., 77. 1. 176, D. P., 77. 1. 24; 29 juill. 1901, S., 1902. 1. 87, D. P., 1901. 1. 464.

(2) Req., 30 mai 1869, S., 69. 1. 463, D. P., 71. 5. 339; 7 nov. 1881, S., 83. 1. 205, D. P., 83. 1. 84; 20 nov. 1888, S., 89. 1. 56, D. P., 89. 5. 404. — Cpr. Req., 17 fév. 1864, S., 64. 1. 109, D. P., 64. 1. 212; 8 juill. 1890, S., 91. 1. 8, D. P., 91. 1. 452. — Trib. civ. Arlon, 11 juill. 1899, D. P., 1901. 2. 214. — Trib. de paix de Vouneuil-sur-Vienne, 20 janv. 1908, D. P., 1908. 5. 37. — V. aussi Civ. rej., 14 août 1877, D. P., 79. 5. 362-363. — L'Etat, propriétaire d'une forêt isolée où il a laissé se multiplier des sangliers en s'opposant à leur destruction et en ne faisant pratiquer aucune battue, est responsable des dégâts causés par eux aux propriétés voisines. — Req., 16 avril 1883, S., 85. 1. 487, D. P., 84. 1. 301. — Le propriétaire d'une forêt, averti des dégâts causés par les sangliers qui habitent cette forêt, est obligé de faire procéder à des chasses sérieuses pour empêcher la multiplication de ces animaux; s'il ne remplit pas cette obligation, il est responsable du dommage. — Req., 6 mars 1893, S., 93. 1. 232, D. P., 93. 1. 416. — Le propriétaire d'une forêt où des sangliers trouvaient refuge, peut, malgré leur caractère nomade, être déclaré responsable des dégâts causés par eux dans un champ voisin, s'il ne les a pas chassés en temps opportun, s'il avait un équipage de chasse insuffisant, a omis de chasser en temps de neige, n'a donné aucun concours aux battues administratives, si enfin il a commis une faute en négligeant d'employer les moyens propres à empêcher la multiplication des sangliers ou de se procurer ceux qui lui manquaient. — Req., 24 fév. 1904, S., 1904. 1. 228, D. P., 1904. 1. 334. — *Adde* Trib. civ. Arlon, 11 juill. 1899, précité. — Pour que le propriétaire ou le locataire d'une chasse soit responsable des dégâts causés par des sangliers, il n'est pas besoin qu'une mise en demeure lui ait été adressée; il suffit qu'il ait connu l'accomplissement du dommage, notamment par les plaintes des voisins. — Trib. de paix de Vouneuil-sur-Vienne, 20 janv. 1908, précité.

(3) Req., 14 fév. 1882, S., 83. 1. 84, D. P., 82. 1. 432; 24 avril 1883, S., 83. 1. 472, D. P., 84. 1. 292; 29 juill. 1901, S., 1902. 1. 88, D. P., 1902. 1. 245. — *Adde* Trib. civ. Rouen, 10 mars 1858 (sol. impl.), 6 mai 1858, et 23 juin 1858, D. P., 58. 3. 73; — Jugé que le locataire de la chasse d'un bois où se trouvent des cerfs et des biches peut être déclaré responsable des dégâts causés par ces animaux aux propriétés des voisins, alors même qu'il résulte des constatations des juges du fait qu'il n'a ni attiré ni retenu les cerfs et les biches et qu'il n'en a pas favorisé la multiplication, si, d'autre part, il est également constaté qu'il n'a pas employé des moyens de destruction suffisants et que le nombre de ces animaux excédait la quantité que le bois en devait naturellement recéler. — Req., 24 déc. 1883, S., 84. 1. 103, D. P., 84. 5. 431.

garennes) (1), ou si, des animaux de ce genre s'étant multipliés spontanément sur sa propriété, il refuse à ses voisins, qui en souffrent, la permission de pénétrer chez lui pour les détruire (2).

(1) Sourdat, II, n. 1425. — Req., 22 mars 1837, D., *Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 739; 2 janv. 1839, S., 39. 1. 26, D., *ibid.*; 31 déc. 1844, S., 45. 1. 360, D. P., 45. 1. 76; 23 nov. 1846, D. P., 47. 1. 29; 7 mars 1849, S., 49. 1. 657, D. P., 49. 1. 149; 7 nov. 1849, S., 50. 1. 57, D. P., 49. 1. 300. — Trib. civ. Coulommiers, 17 mars 1859, D. P., 60. 5. 332. — Trib. civ. Rambouillet, 30 déc. 1859, D. P., *ibid.* — Req., 24 juil. 1860, D. P., 60. 1. 426. — Civ. rej., 29 août 1870, D. P., 70. 1. 408. — Req., 22 nov. 1875, S., 76. 1. 17, D. P., 75. 5. 391; 7 fév. 1876, D. P., 76. 5. 392; 7 mai 1884, S., 87. 1. 15, D. P., 85. 1. 187. — Trib. civ. Bernay, 8 déc. 1886, joint à Civ. rej., 28 mars 1888, D. P., 88. 1. 348. — Req., 10 juil. 1889, S., 90. 1. 52; 21 oct. 1889, S., 91. 1. 63. — Civ. rej., 28 oct. 1891, S., 92. 1. 438, D. P., 92. 1. 188. — Req., 22 mai 1901, S., 1901. 1. 280; 22 oct. 1901, S., 1902. 1. 8, D. P., 1901. 1. 526; 13 mai 1902, S., 1903. 1. 16; 13 janv. 1903, S., 1903. 1. 392, D. P., 1903. 1. 245; 14 mars 1905, D. P., 1905. 1. 270. — Cpr. Req., 6 janv. 1874, S., 74. 1. 160, D. P., 74. 1. 437. — Civ. rej., 21 fév. 1905, D. P., 1905. 1. 431. — Certains arrêts décident que le propriétaire ou locataire est responsable s'il n'a pris aucune des mesures nécessaires pour la destruction des lapins. — Req., 10 juin 1863 (2 espèces), S., 63. 1. 462, D. P., 63. 1. 369-371; 20 janv. 1873, D. P., 74. 1. 16; 5 déc. 1882, D. P., 84. 5. 431; 19 mars 1883 (2e espèce), S., 83. 1. 205, D. P., 84. 1. 56. — V. aussi Trib. civ. Rouen, 11 juin 1883, D. P., 84. 5. 31. — Req., 3 déc. 1890, S., 91. 1. 63, D. P., 91. 1. 105; — s'il n'a pris que des mesures insignifiantes pour arriver à la réduction du nombre des lapins. — Req., 21 oct. 1889, précité; 26 fév. 1901, S., 1901. 1. 232, D. P., 1901. 1. 165-166; s'il n'a pas pris des *moyens suffisants* pour détruire ces animaux. — Trib. civ. Saint-Calais, joint à Civ. (cass. sur un autre moyen), 28 juin 1870, D. P., 70. 1. 311. — Req., 21 oct. 1889, S., 91. 1. 63, D. P., 90. 5. 429; 29 oct. 1889, S., 90. 1. 53, D. P., 90. 1. 432; 7 janv. 1891, S., 91. 1. 64; 16 fév. 1891, S., 91. 1. 384, D. P., 91. 1. 452; 11 mai 1896, D. P., 96. 1. 464. — Civ. rej., 12 mai 1897, S., 97. 1. 320, D. P., 97. 1. 517. — Req., 4 janv. 1899, D. P., 99. 1. 24; 1er mai 1899, D. P., 1900. 1. 549. — Civ. rej., 4 déc. 1901, S., 1902. 1. 8, D. P., 1901. 1. 44. — Req., 8 juil. 1903, D. P., 1903. 1. 507. — V. aussi Req., 7 août 1851, D. P., 58. 5. 320; 18 fév. 1874, S., 74. 1. 216, D. P., 75. 5. 383. — Civ. cass., 17 août 1880, S., 81. 1. 247, D. P., 81. 1. 176. — Req., 16 mai 1881, S., 82. 1. 117, D. P., 82. 1. 14; 19 mars 1883 (Delmas c. Brissot), S., 83. 2. 205, D. P., 84. 1. 56. — Cass. Belgique, 11 juil. 1895, S., 96. 4. 31. — Req., 21 oct. 1895, S., 96. 1. 12, D. P., 96. 1. 123. — Civ. cass., 13 juil. 1903 (motifs), D. P., 1903. 1. 368. — Espèces ou les battues n'avaient été organisées que tardivement : Civ. rej., 29 août 1870, S., 70. 1. 388, D. P., 70. 1. 408. — Req., 8 juil. 1901, S., 1902. 1. 87, D. P., 1901. 1. 464. — Le propriétaire qui a, par son fait ou par sa négligence, favorisé la multiplication des lapins qui se trouvent dans son bois, doit prendre les mesures nécessaires pour protéger ses voisins contre le danger qu'il a créé lui-même; il ne lui suffirait pas, pour s'exonérer de la responsabilité, d'autoriser ses voisins à venir chez lui détruire les lapins. — Civ. rej., 28 oct. 1891, précité. — V. aussi Req., 10 déc. 1877, S., 78. 1. 65, D. P., 78. 1. 319.

(2) Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Gibier*, § 2, et *Rép.*, et *eod.* v°; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Délit*, n. 7; Toullier, III, n. 335, et XI, n. 307 s.; Aubry et Rau, Larom-

il peut être déclaré responsable du préjudice causé par ces animaux.

Dans ces deux hypothèses, le propriétaire est en faute (dans la première, c'est certain; dans la seconde, c'est douteux). Mais ce sont les art. **1382** et **1383** qui sont alors applicables, et non pas l'art. 1385. La faute n'est donc plus présumée; les demandeurs sont tenus d'en faire la preuve.

Tout ce que nous venons de dire s'applique non seulement aux propriétaires de bois où séjourne un gibier nuisible pour les voisins, mais aussi aux locataires, concessionnaires et adjudicataires de chasses, ainsi, d'ailleurs, qu'il résulte de beaucoup des arrêts cités par nous en note.

2950. L'interprète ne pouvant pas faire des distinctions qui ne se trouvent pas dans la loi, il convient d'admettre les solutions suivantes :

α. Il est indifférent que l'animal ait causé le dommage en suivant son instinct, comme les bestiaux qui vont paître dans la prairie d'un voisin, ou en s'écartant des habitudes naturelles de son espèce, comme le cheval qui rue ou qui mord (¹).

2950 I. β. Le propriétaire de l'animal ou celui qui s'en sert est responsable non seulement du dommage causé à des tiers,

bière, *loc. cit.* — Req., 3 janv. 1810, S. chr., III. 1. 136, D., *Répert.*, v° *Responsabilité*, n. 740; 14 nov. 1816, S. chr., V. 1. 218, D., *ibid.* — Civ. rej., 29 août 1870, précité. — Req., 10 déc. 1877, précité; 3 juin 1885, S., 86. 1. 64, D. P., 86. 1. 376. — V. aussi Req., 19 mars 1884, précité; 9 avril 1884, S., 84. 1. 383. — Les juges ne doivent pas avoir égard à la permission qui n'a été donnée aux voisins que tardivement. — Req., 18 fév. 1874, et Civ. cass., 17 août 1880 (1re espèce, précités. — La circonstance que le propriétaire, en faisant garder la chasse, a empêché les voisins de détruire les lapins qui leur nuisaient est de nature à le faire déclarer responsable. — Req., 22 avril 1873, S., 73. 1. 321, D. P., 73. 1. 476; 7 fév. 1876, précité; 5 juill. 1876, S., 76. 1. 357, D. P., 78. 5. 409; 21 avril 1879, S., 79. 1. 218, D. P., 80. 1. 184; 7 mai 1884 et 10 juill. 1889, précités. — Mais Laurent estime que le propriétaire n'est point juridiquement obligé de laisser ses voisins pénétrer chez lui pour détruire le gibier qui leur cause du dommage, XX, n. 636, p. 686 *in medio*, et n. 638, p. 690 *in medio*. — V. aussi dans le même sens, Huc, VIII, n. 453.

¹) Toullier, XI, n. 297; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 771; Larombière, VII, p. 656 (art. 1385, n. 13); Sourdat, *op. cit.*, II. n. 1427; Demolombe, XXXI, n. 648; Laurent, XX, n. 628. — Trib. com. Saint-Etienne, 23 août 1900, *Pand. franç.*, 1902. 2. 28. — Un chasseur est responsable du dommage causé par son chien lévrier qui, hors de la présence de son maître et guidé par son seul instinct, parcourt la campagne en se livrant à la chasse. Crim. rej., 20 nov. 1845, D. P., 46. 1. 26. — Nancy, 11 fév. 1846, D. P., 46. 2. 52.

mais aussi du dommage causé à des personnes à son service et qu'il a chargées de conduire ou de soigner l'animal [1], à moins toutefois qu'une faute ne leur soit imputable [2].

Cependant quelques auteurs, notamment Labbé, pensent, au contraire, que, les contractants étant exclusivement régis, quant à leurs fautes, par les règles de leur contrat, l'art. 1385 n'est pas applicable à la responsabilité du maître d'un animal envers le domestique ou l'ouvrier auquel le soin ou la conduite de cet animal est confié [3].

(1) Larombière, VII, p. 653 (art. 1385, n. 8); Sourdat, *op. cit.*, II, n. 1434. — Paris, 23 fév. 1884, et 11 fév. 1886, S., 86. 2. 97. — Civ. rej., 9 mars 1886, S., 86. 2. 244, D. P., 86. 1. 207 et 5. 364. — Dijon, 21 juin 1894, D. P., 95. 2. 48. — Trib. com. Seine, 7 mars 1895, *Gaz. Pal.*, 1895. 1. 555. — Toulouse, 7 mars 1895, *Gaz. Midi*, 14 avril 1895. — Paris, 29 avril 1897 (sol. impl.), D. P., 97. 2. 271. — Trib. civ. Perpignan, 3 janv. 1900, *Loi*, 5 juin 1900. — Req., 14 mai 1900 (sol. impl.), D. P., 1900. 1. 72. — Rouen, 8 août 1900, *Rec. Rouen*, 1901. 1. 42. — Caen, 14 nov. 1900, *Rec. Rouen*, 1900. 2. 204. — Civ. rej., 11 mars 1902, S., 1902. 1. 309, D. P., 1903. 1. 614, *Pand. franç.*, 1902. 1. 179. — Civ. cass., 29 mai 1902, S., 1902. 1. 310, D. P., 1903. 1. 614, *Pand. franç.*, 1902. 1. 319. — Req., 2 juillet 1902, S., 1902. 1. 448, D. P., 1902. 1. 431. — Trib. civ. Cambrai, 12 mars 1903, *Droit*, 1er juillet 1903, *Gaz. Trib.*, 1903, 2e semestre, 2. 142. — Poitiers, 7 déc. 1903, S., 1904. 2. 99, D. P., 1904. 2. 180. — Civ. cass., 28 nov. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 614. — Trib. civ. Bourg, 13 fév. 1906, *Loi*, 24 fév. 1906. — Montpellier, 13 juillet 1907, *Mon. jud. Midi*, 3 nov. 1907. — Rennes, 18 déc. 1907, *Gaz. Trib.*, 24 mars 1908, *Loi*, 9 janv. 1908, *Mon. jud. Lyon*, 7 fév. 1908. — V. aussi Trib. supér. de Cologne, 21 mars 1899, S., 1901. 4. 19. — Req., 18 déc. 1899 (sol. impl.), S., 1900. 1. 404, D. P., 1900. 1. 132; 14 mai 1900 (sol. impl.), S., 1900. 1. 453, D. P., 1900. 1. 272. — Cass. Belgique, 16 oct. 1902, S., 1906. 4. 25.

(2) Larombière, Sourdat, *loc. cit.* — Req., 23 déc. 1879, S., 80. 1. 463, D. P., 80. 1. 134. — Paris, 17 mars 1884, S., 86. 2. 97, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 931-3°. — Trib. com. Seine, 7 mars 1895, Toulouse, 7 mars 1895, Req., 18 déc. 1899 et 14 mai 1900, Civ. cass., 28 nov. 1904, Trib. civ. Bourg, 13 fév. 1906, et Montpellier, 13 juillet 1907, précités. — V. aussi Montpellier, 23 juillet 1866, S., 67. 2. 220, D. P., 68. 2. 72. — Jugé que l'accident arrivé à un domestique pendant qu'il conduit la voiture et le cheval de son maître n'engage pas la responsabilité de ce dernier si le cheval était conduit non par ses ordres et dans son intérêt, mais pour le compte et dans l'intérêt personnel de ce domestique. Limoges, 27 nov. 1868, S., 69. 2. 42; 28 nov. 1899, S., 1902. 2. 7.

(3) *Note*, S., 86. 2. 97-98. — *Adde* Sainctelette, *De la responsabilité et de la garantie;* Sauzet, *Responsabilité des patrons envers leurs ouvriers, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1883, p. 596 et 677; Planiol, II, 4e édit., n. 919 *bis;* Wahl, note sous Cass. Belgique, 16 oct. 1902, S., 1906. 4. 27 à 29, IV à VI. — Jugé que le propriétaire d'un animal n'est pas responsable, dans les termes de l'article 1385, de l'accident causé à une personne qui aurait loué ses services précisément pour conduire cet animal. Grenoble, 11 mai 1898, D. P., 99. 2. 235. — V. dans le même sens Trib. civ. Seine, 6 mars 1892, *Loi*, 25 mars 1893. — Trib. civ. Narbonne,

2951. Indiquons une solution qui présente un intérêt pratique important et qui est relative au cas où un animal blesse ou tue un autre animal appartenant à un propriétaire différent. Le maître de l'animal qui a causé le dommage échappe à la responsabilité édictée par l'art. 1385, lorsqu'il en a été d'avance affranchi par celui de l'animal auquel le dommage a été causé. C'est ainsi que, d'après la jurisprudence, les propriétaires qui conviennent de mettre leurs animaux, notamment leurs chevaux, au pacage commun pour y rester le jour et la nuit sans aucune garde, peuvent être considérés comme s'étant réciproquement soustraits à l'application de l'art. 1385. C'est inutilement, dès lors, qu'un d'entre eux offrirait d'établir simplement quel est celui des animaux qui a causé l'accident arrivé au sien (1). Pour rendre un propriétaire responsable de cet accident, il faudrait prouver non seulement que sa bête l'a causé, mais aussi qu'elle était vicieuse, auquel cas ce dernier propriétaire, ayant commis une faute ou une imprudence, serait responsable dans les termes de l'art. 1382 et 1383 (2).

Cependant, d'après un arrêt de la cour de Pau, du 15 novembre 1886, si le maître de l'animal qui a causé le dommage savait ou devait savoir que cet animal était dangereux, il serait responsable dans les termes de l'art. 1385; dans ce cas, il ne pourrait pas invoquer la convention tacite survenue entre lui et les autres propriétaires (3). Mais nous ne voyons

1er février 1899, *Droit,* 23 avril 1899. — Amiens, 2 nov. 1899, *Rec. Amiens,* 1899, 250. — Trib. civ. Narbonne, 2 déc. 1899, *Mon. jud. Lyon,* 9 janv. 1900. — Trib. civ. Gien, 10 avril 1900, *Loi,* 1er mai 1900. — Bruxelles, 12 nov. 1900, D. P., 1902. 2. 319. — Trib. civ. Narbonne, 29 janv. 1901, *Mon. jud. Lyon,* 14 fév. 1901. — V. aussi D., *Suppl. au Rép. alph.,* v° *Responsabilité,* n. 928. — Cpr. Montpellier, 23 juillet 1866, précité.

(1) Civ. rej., 2 juill. 1851, S., 51. 1. 447, D. P., 51. 1. 189. — V. dans le même sens Larombière, VII, p. 652 *in fine* (art. 1385, n. 6, dern. al.); Demolombe, XXXI, n. 653. — Jugé également que les propriétaires d'animaux qui les abandonnent dans des herbages sans aucune garde doivent être réputés s'être mutuellement affranchis de toute responsabilité; que, par suite, le propriétaire d'un taureau n'est pas responsable de la saillie de génisses placées dans un herbage et fécondées par le taureau pâturant dans un herbage voisin. Trib. civ. Beauvais, 16 juill. 1896, *Gaz. Trib.,* 5 déc. 1896.

(2) Civ. rej., 2 juill. 1851, précité.

(3) Pau, 15 nov. 1886, S., 87. 2. 184, D. P., 87. 2. 114.

pas comment cette hypothèse laisse place à la présomption qui sert de base à la disposition de l'art. 1385; ne suppose-t-on pas qu'il est prouvé que le propriétaire actionné en dommages-intérêts a commis une faute?

2952. La jurisprudence a été appelée dernièrement à résoudre, en ce qui regarde notre matière, une question intéressante : L'art. 1385 est-il applicable au cas où un cheval engagé dans une course tue ou blesse un autre cheval qui y prenait également part? Oui, a répondu la cour de Rouen, dans son arrêt du 8 août 1903. Qu'on n'objecte pas « qu'il s'agit de courses, c'est-à-dire d'une matière toute spéciale, et qu'à raison même des conditions dans lesquelles elles opèrent et aussi des encouragements dont elles ont besoin, il y aurait lieu de faire fléchir la règle trop rigoureuse de l'art. 1385 par une dérogation qui s'impose ». Une pareille dérogation ne pourrait être admise que si l'on justifiait « que les propriétaires des chevaux, en les faisant participer à des courses où ils exposent volontairement leurs animaux à des dangers identiques, entendent s'affranchir mutuellement de toute responsabilité en ce qui concerne les accidents inhérents à la course ». A défaut d'une convention expresse, il faudrait tout au moins établir l'existence d'une convention tacite écartant l'application de l'art. 1385 (1).

2953. Le propriétaire de l'animal ou celui qui en a l'usage ne pourrait pas, en l'abandonnant à la partie lésée, se soustraire à l'obligation de réparer le dommage. La faculté de faire l'abandon noxal, qui, dans certains cas, était admise par le droit romain (2) et par certaines de nos anciennes coutumes (3), a un caractère exceptionnel, et par conséquent, aujourd'hui, dans le silence de la loi, elle n'existe plus (4).

(1) S., 1904. 2. 282, D. P., 1904. 2. 175, *Gaz. Pal.*, 1904. 1. 120. — Le tribunal civil de Louviers, par son jugement du 20 mars 1903, réformé par l'arrêt précité, avait admis l'existence de la convention tacite dont nous parlons au texte. V. *Gaz. Pal.*, 1903. 1. 731.

(2) L. 1, § 14, D., *Si quadrup. pauper.*, IX, I.

(3) V. Cout. de Bretagne, art. 410.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Quasi-délit*, n. 9; Toullier, XI, n. 298; Marcadé, V, sur les art. 1385 et 1386, I *in fine*; Sebire et Carteret, *Encycl. du droit*, v° *Animaux*, art. 1, § 1, n. 9; Zachariæ, § 448, texte et note 4; Aubry et Rau, 4e édit., IV,

2954. La loi du 4 avril 1889 *(Code rural,* liv. I : *Régime du sol;* — tit. VI : *Des animaux employés à l'exploitation des propriétés rurales)* contient des dispositions particulières qui peuvent être considérées comme un complément de l'art. 1385.

Ces dispositions sont relatives au cas où le dommage a été causé par des animaux non gardés ou dont le gardien est inconnu. Celle de l'art. 1er est ainsi conçue : « Lorsque des animaux non gardés ou dont le gardien est inconnu ont causé du dommage, le propriétaire lésé a le droit de les conduire sans retard au lieu de dépôt désigné par le maire, qui, s'il connaît la personne responsable du dommage, aux termes de l'art. 1385 du Code civil, lui en donnera immédiatement avis. — Si les animaux ne sont pas réclamés, et si le dommage n'est pas payé dans la huitaine du jour où il a été commis, il est procédé à la vente sur ordonnance du juge de paix, qui évalue les dommages. — Cette ordonnance sera affichée sur papier libre et sans frais à la porte de la mairie. — Le montant des frais et des dommages sera prélevé sur le produit de la vente. — En ce qui concerne la fixation du dommage, l'ordonnance ne deviendra définitive, à l'égard du propriétaire de l'animal, que s'il n'a pas formé opposition par simple avertissement dans la huitaine de la vente. — Cette opposition sera même recevable après le délai de huitaine, si le juge de paix reconnaît qu'il y a lieu, en raison des circonstances, de relever l'opposant de la rigueur du délai ».

Le texte de l'art. 4 présente aussi de l'intérêt pour nous : « Celui dont les volailles passent sur la propriété voisine et y causent des dommages, est tenu de réparer ces dommages. Celui qui les a soufferts peut même tuer les volailles, mais seulement sur le lieu, au moment du dégât et sans pouvoir se les approprier ».

Rappelons enfin les termes de l'art. 7, que nous avons déjà eu l'occasion de citer : « Pendant le temps de la clôture des

p. 771, texte et note 11; Larombière, VII, p. 656 (art. 1385, n. 14); Sourdat, *op. cit.*, II, n. 1408; Demolombe, XXXI, n. 655, Arntz, III, n. 483, p. 242.

colombiers, les propriétaires et les fermiers peuvent tuer et s'approprier les pigeons qui seraient trouvés sur leurs fonds, indépendamment des dommages-intérêts et des peines de police encourues par les propriétaires des pigeons. — En tout autre temps, les propriétaires et fermiers peuvent exercer, à l'occasion des pigeons trouvés sur leurs fonds, les droits déterminés par l'art. 4 ci-dessus » (1).

Indiquons, dans le même ordre d'idées, les art. 15, 16 et 17 de la loi du 21 juin 1898 (*Code rural*, liv. III : *De la police rurale;* — tit. I : *Police administrative*). Nous nous bornons à renvoyer à ces textes (2).

2955. Enfin la loi du 19 avril 1901 a étendu la compétence des juges de paix en ce qui concerne les demandes d'indemnités pour dommages causés aux récoltes. On lit dans son art. 1er, al. 1 : « Les juges de paix connaissent de toutes les demandes en réparation du dommage causé aux récoltes par le gibier, en dernier ressort si la demande n'est pas supérieure à trois cents francs, à charge d'appel si elle excède ce chiffre, quel qu'en soit le montant, ou si elle est indéterminée ». L'al. 2 du même article ajoute : « S'il est formé une demande reconventionnelle en dommages-intérêts, il sera statué sur le tout sans appel, si la demande principale est de la compétence du juge de paix en dernier ressort ». En l'absence de cette dernière disposition, l'augmentation de compétence établie par l'al. 1 aurait pu être rendue illusoire par des demandes reconventionnelles. Nous transcrirons aussi l'art. 5 : « Les actions en réparation du dommage causé aux récoltes par le gibier se prescrivent par six mois à partir du jour où les dégâts ont été commis ». Le délai de trente ans dans lequel ces actions pouvaient être intentées dans la législation antérieure était, comme l'a fait remarquer M. Savary, rapporteur au Sénat, à la fois inutile et abusif. Il est bien difficile, en effet, après l'enlèvement des récoltes, de constater et d'évaluer les dommages, et il n'est pas moins

(1) V. S., *Lois ann.*, 1889, p. 552-553; D. P., 89. 4. 34-36; D., *Nouv. C. civ. ann.*, *Appendice* à l'art. 1385 (t. III, p. 814-816).

(2) V. S., *Lois ann.*, 1899, p. 713-714; D. P., 98. 4. 128-129; D., *Nouv. C. civ. ann.*, *Appendice* à l'art. 1385 (t. III, p. 817).

difficile pour les parties, de prouver les faits allégués par elles quand ces faits se sont passés à une époque assez reculée (1).

Il est intéressant de remarquer que le projet de loi présenté par le gouvernement le 2 mars 1900 et dont certaines dispositions ont passé dans la loi du 19 avril 1901, posait le principe de la présomption de responsabilité. L'al. 1er de ce projet portait : « Celui qui a le droit de chasse dans les bois, buissons, forêts, landes ou bruyères est *de plein droit* responsable des dommages causés aux récoltes par le gibier : lapins, cerfs, biches, chevreuils et sangliers. Le propriétaire ou usufruitier du sol est également responsable, sauf son recours, s'il y a lieu, contre le concessionnaire du droit de chasse ». C'est là une extension de la disposition de l'art. 1385. Toutefois l'art. 2 consacrait la solution la moins rigoureuse quant à la preuve qu'il était nécessaire de rapporter pour échapper à la condamnation : « La responsabilité cesse, disait-il, lorsque celui qui a le droit de chasse justifie *qu'il n'a commis aucune faute et notamment que des mesures suffisantes ont été prises pour empêcher la multiplication et prévenir les dégâts du gibier*. Il en est de même lorsqu'il prouve que le riverain demandeur s'est livré à une culture spéciale pour attirer le gibier, ou a, dans le même but, laissé les produits du sol sur place au delà du temps ordinaire de la récolte. Le propriétaire ou l'usufruitier qui a permis de chasser librement sur son terrain échappe à toute responsabilité ». Mais la présomption de responsabilité a été écartée sur cette objection faite par la commission du Sénat, qu'elle constituait une grave dérogation au principe général posé par les art. 1382 et 1383.

2955 I. A raison de son caractère exceptionnel, la disposition de l'art. 1385 ne saurait être étendue par analogie, et, par suite, comme elle vise exclusivement le dommage causé par les animaux, elle n'est pas applicable à la responsabilité des propriétaires d'automobiles. Cette responsabilité est

(1) V. pour les autres articles et les travaux préparatoires, S., *Lois ann.*, 1901, p. 89-91, D. P., 1901. 4. 68-70.

régie par la disposition de l'alinéa 3 de l'art. 1384, relative à la responsabilité du fait du préposé [1].

II. *Du dommage causé par la ruine d'un bâtiment.*

2956. Aux termes de l'art. 1386 : « *Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction* ». Cette disposition a pour fondement l'obligation qui incombe au propriétaire de s'assurer que son immeuble a été construit conformément aux règles de l'art et qu'il est convenablement entretenu [2].

Quand la chute du bâtiment a pour cause le manque d'entretien ou un vice de construction, la responsabilité du propriétaire existe de plein droit; il ne saurait donc y échapper en prouvant qu'il lui était impossible de prévenir ce fait, parce qu'il ignorait la cause d'où il est résulté [3].

Toutefois, au cas de ruine par vice de construction, le propriétaire aurait, bien entendu, un recours contre l'architecte ou l'entrepreneur, si la ruine se produisait dans les dix ans après l'achèvement des travaux. Art. 1792 et 2270 [4].

2957. Le propriétaire est responsable lors même que le bâtiment écroulé est soumis à un droit d'usufruit. Mais, dans cette hypothèse, il a un recours contre l'usufruitier s'il prouve soit que la ruine provient du défaut de réparations usufructuaires, soit que l'usufruitier, connaissant l'état du bâtiment, a négligé de l'en avertir, soit enfin que l'usufruitier a refusé de souffrir qu'il fît procéder aux réparations nécessaires [5].

2958. La responsabilité qui incombe au propriétaire à rai-

(1) Trib. civ. d'Angoulême, 1er déc. 1905, et sur appel, Bordeaux, 12 juin 1906, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1908. 1. 51. — Rappr. *infra*, n. 2963 et 2976.

(2) Le propriétaire d'un bâtiment occupé par un locataire n'est point, par le fait seul de sa propriété, responsable du dommage causé sur un immeuble voisin, par la chute d'un objet qui a été lancé ou qui est tombé de l'une des ouvertures de son bâtiment. Trib. civ. Lyon, 27 nov. 1903, *Mon. jud. Lyon*, 10 fév. 1904.

(3) Marcadé, V, sur l'art. 1386, II; Demolombe, XXXI, n. 657; Laurent, XXX, n. 639; Huc, VIII, n. 454. — V. *infra*, n. 2959.

(4) Toulouse, 25 mai 1892, S., 92. 2. 221, D. P., 93. 2. 14.

(5) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 772; Larombière, VII, p. 658 (art. 1386, n. 2); Demolombe, XXXI, n. 658; Laurent, XX, n. 640; Huc, VIII, n. 454, dern. al.

son de l'écroulement de sa maison existe non seulement au regard des voisins, mais aussi au regard des passants (1).

Lorsque c'est un locataire qui est lésé, il faut, quant à l'appréciation de la responsabilité du propriétaire, appliquer les principes particuliers au contrat de louage (2).

Lorsque c'est un usufruitier, il ne saurait, d'après nous, être question d'action en responsabilité. En effet, d'une part, il n'existe, entre le nu propriétaire et l'usufruitier, aucun rapport contractuel; d'autre part, — du moins dans la théorie qui nous paraît fondée, — l'usufruitier ne saurait contraindre le nu-propriétaire à faire les grosses réparations (3), et, par conséquent, il doit les faire lui-même, s'il veut prévenir le préjudice que lui causerait la ruine du bâtiment (4).

2959. Pour que le propriétaire soit responsable, il faut que la ruine du bâtiment résulte d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien (5). Si elle est due à un cas de force majeure, aucune responsabilité ne pèse sur lui. Il en est ainsi, par

(1) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 772; Larombière, VII, p. 658 (art. 1386, n. 3); Demolombe, XXXI, n. 659; Laurent, XX, n. 644.

(2) Larombière, Demolombe, Laurent, *loc. cit.*; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 772, note 14. — Paris, 17 janv. 1905, S., 1905. 2. 301, D. P., 1907. 2. 97 (note de Planiol en sens conforme), *Loi*, 4 mai 1905, *Mon. jud. Lyon*, 10 mai 1905.

(3) V. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n. 681.

(4) Larombière, Demolombe, *loc. cit.* — V. en sens contraire Laurent, *loc. cit.* — Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*

(5) Le copropriétaire d'un mur mitoyen qui s'est écroulé à la suite de la démolition de sa maison, alors que la chute de ce mur n'est due ni à un vice de construction, ni à un défaut d'entretien, mais à la négligence de l'architecte ou de l'entrepreneur choisi par lui, ne saurait être actionné en dommages-intérêts par son copropriétaire, si aucune faute personnelle ne lui était imputable et s'il n'était pas tenu de la faute de l'architecte ou de l'entrepreneur, qui n'était pas son préposé : « Attendu, dit la cour de cassation, que si, en cas de ruine d'un bâtiment, l'art. 1386 établit une présomption de faute à l'encontre du propriétaire de ce bâtiment, c'est seulement lorsque la ruine est arrivée par suite d'un défaut d'entretien ou d'un vice de construction; qu'en dehors de ce cas le propriétaire d'un mur ne peut être déclaré responsable du dommage causé par sa chute que si une faute est établie soit à sa charge, soit à la charge de ses préposés; — que cette règle est absolue et que les dispositions du Code civil, réglementant les obligations réciproques des copropriétaires d'un mur mitoyen, n'y ont apporté aucune dérogation ». Civ. rej., 16 juill. 1903 (deux arrêts), D. P., 1904. 1. 83.

La jurisprudence assimile la vétusté au défaut d'entretien. Nancy, 21 mars 1896, S., 96. 2. 235, D. P., 96. 2. 518. — V. aussi Trib. de l'empire d'Allemagne, 11 déc. 1885, S., 87. 4. 18. — Grenoble, 10 fév. 1892, S., 93. 2. 205.

exemple, quand une maison s'est écroulée par l'effet d'une inondation, d'une tempête ou d'un tremblement de terre, auxquels les constructions les plus solides elles-mêmes n'auraient pu résister (1).

L'art. 1386 est également inapplicable quand la chute de matériaux qui a causé l'accident est due à l'imprudence d'une personne autre que le propriétaire ou son préposé, notamment à l'imprudence de la victime (2).

Celui qui demande la réparation du dommage que lui a causé la ruine d'un bâtiment, doit prouver que cette ruine est arrivée « par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de construction », car l'une ou l'autre de ces conditions est nécessaire pour que la réparation soit due, et il est de principe que le demandeur est tenu de prouver tous les faits auxquels est subordonné le succès de sa demande. Mais il suffit qu'il établisse le défaut d'entretien ou le vice de construction (3).

Le défendeur serait, d'ailleurs, recevable à faire la preuve du contraire.

Mais, nous le répétons, quand il est établi que la ruine du bâtiment résulte de l'une des deux causes sus-indiquées, il doit être condamné à réparer le dommage : « Attendu, comme l'a dit la cour de Toulouse, dans un arrêt du 25 mai 1892, que, pour se soustraire à cette responsabilité spéciale, qui résulte de la nécessité de sauvegarder la sécurité publique, le propriétaire de l'immeuble ayant péri par un écroulement subit invoquerait en vain son entière bonne foi et l'absence de toute négligence ou imprudence personnelle et appréciable; que la responsabilité résultant de l'art. 1386 est toute différente de celle qui s'évince des art. 1382

(1) Larombière, VII, p. 659 (art. 1386, n. 4); Huc, VIII, n. 454; Sourdat, *Tr. de la respons.*, 2e édit., II, n. 1468. — Toulouse, 25 mai 1892, S., 92. 2. 221, D. P., 93. 2. 14.

(2) Paris, 17 janv. 1905, S., 1905. 2. 301, D. P., 1907. 2. 97, *Loi*, 4 mai 1905, *Mon. jud. Lyon*, 10 mai 1905. — Nancy, 5 janv. 1907, S., 1907. 2. 159, *Gaz. Trib.*, 30 mars 1907.

(3) Larombière, *loc. cit.* — Trib. de Moulins, 8 janv. 1887, S., 87. 2. 173. — Civ. cass., 19 avril 1887, S., 87. 1. 217, D. P., 88. 1. 27. — Nancy, 21 mars 1896, précité.

et 1383, lesquels supposent une imprudence ou une négligence personnelle; que l'art. 1386 considère comme donnant ouverture à l'action civile en dommage, et en dehors de toutes autres circonstances, le simple fait d'être propriétaire d'un immeuble dont la chute ou la ruine a eu pour cause soit un vice de construction, soit un défaut d'entretien; qu'il crée, à l'encontre de ce propriétaire, et à l'occasion des fautes démontrées du vice de construction ou de défaut d'entretien, une présomption légale de faute personnelle, de laquelle le propriétaire de l'édifice, au moment de sa ruine, ne saurait être relevé par aucune considération extrinsèque au fait de l'écroulement » (1).

2960. Dans l'art. 1386, l'expression *bâtiment* comprend toute espèce de construction, même un simple mur, et quels qu'en soient les matériaux. La disposition de ce texte peut donc être invoquée aussi bien lorsque la construction est en bois que lorsqu'elle est en pierres ou en briques (2).

D'après quelques arrêts, l'art. 1386 est applicable non seulement aux bâtiments proprement dits, mais encore à tous les objets qui en dépendent par incorporation, notamment à celles des machines industrielles qui sont incorporées aux constructions. Ainsi le volant d'une de ces machines se brise; ses débris, lancés au loin, renversent un pan de mur qui tombe sur une personne et la tue. La veuve ou les enfants de la victime sont fondés à invoquer la disposition de l'art. 1386, par cela seul qu'ils établissent que la machine présentait un vice de construction (3).

Cette décision suppose évidemment — ce que nous n'admettons pas — que, lorsque les machines ne sont pas incorporées aux bâtiments, les accidents de cette nature sont régis par la disposition des art. 1382 et 1383 (4).

La cour de Liège, par un arrêt du 25 mai 1900, a décidé fort justement que le propriétaire d'un terrain rocheux n'était

(1) S., 92. 2. 221, D. P., 93. 2. 14. — *Adde* Rouen, 19 juil. 1872, D. P., 73. 5. 403.
(2) Larombière, VII, p. 660 (art. 1386, n. 5 *in fine*); Demolombe, XXXI, n. 662.
(3) Civ. cass., 19 avril 1887, précité. — V. également Nancy, 21 mars 1896, S., 96. 2. 235, D. P., 96. 2. 518.
(4) V. *supra*, n. 2896 et *infra*, n. 2968.

pas responsable, aux termes de l'art. 1386, du dommage causé par la chute de blocs sur un fonds inférieur, le texte précité ne visant que le dommage causé par la ruine d'un bâtiment (1). Cette proposition est, selon nous, incontestablement exacte; mais la cour a déclaré que l'art. 1384 ne pouvait pas davantage recevoir d'application dans l'espèce. Ce dernier point nous paraît douteux.

2960. L'art. 1386, qui subordonne la responsabilité du propriétaire d'un bâtiment à la preuve du défaut d'entretien ou d'un vice de construction, ne vise que le dommage causé par la *ruine* totale ou partielle de ce bâtiment, c'est-à-dire par la destruction totale ou partielle « de l'édifice ou des gros ouvrages qui le constituent dans ses parties intégrantes et nécessaires ». Aussi la personne qui, en passant sur la voie publique, est blessée par la chute d'un fragment de pierre accidentellement détaché d'une maison riveraine, n'est pas tenue, pour faire condamner le propriétaire de cette maison à lui payer des dommages-intérêts, de rapporter la preuve du défaut d'entretien ou d'un vice de construction, si ce fragment de pierre provient, par exemple, d'une *boule* ou d'un *gland d'ornementation*. C'est qu'en effet les boules et les glands d'ornementation « ne forment qu'une partie extrinsèque et superflue » de l'édifice, « qui existe sans eux dans son intégralité » (2). Le propriétaire est alors responsable en vertu de l'art. 1384, par conséquent de plein droit, à raison du fait matériel seul (3).

2961. L'art. 1386 ne vise que la ruine d'un bâtiment dont la construction est achevée. Il n'est donc pas applicable dans le cas où la chute d'un bâtiment a eu lieu pendant sa construction ou sa reconstruction (4).

Toutefois, si le propriétaire a lui-même dirigé ou surveillé les travaux, il peut, par application soit des art. 1382 et

(1) S., 1901. 4. 39.

(2) Trib. civ. de Melle, 27 mai 1899, joint à Civ. rej., 30 juin 1902, D. P., 1907. 1. 436.

(3) V. *infra*, n. 2968.

(4) Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 772 *in fine*; Demolombe, XXXI, n. 660; Laurent, XX, n. 643. — Lyon, 20 janv. 1863, S., 64. 2. 1, D. P., 63. 2. 199. — V. cep. Delvincourt, III, p. 452; Larombière, VII, p. 659 (art. 1386, n. 5).

1383, soit de l'art. 1384, être déclaré responsable du dommage causé par l'écroulement [1].

2962. Les divers principes que nous venons d'exposer s'appliquent notamment aux immeubles qui sont la propriété de l'Etat, des départements ou des communes.

Un département, représenté par son préfet, a prêté à une société chorale, pour y organiser une fête de charité, un édifice départemental désaffecté. Au cours de cette fête, le plancher d'une salle s'est effondré, et sa chute a occasionné des blessures à des personnes admises dans l'édifice à titre de simples spectateurs. Il est prouvé que la chute du plancher est la conséquence d'un défaut d'entretien. Le département est responsable du dommage causé par l'accident. En vain soutiendrait-il qu'ayant consenti un prêt gratuit de son édifice, sa responsabilité ne pourrait être engagée à raison des défauts de la chose prêtée que s'il avait eu connaissance de ces défauts. Art. 1891. Il ne saurait avoir la qualité de prêteur qu'au regard des organisateurs de la fête, et non au regard des simples spectateurs. Il est tenu envers ceux-ci dans les termes de l'art. 1386 [2].

2963. Le bâtiment qui s'est écroulé appartenait à plusieurs personnes conjointement ou divisément. D'après les jurisconsultes romains, chacune d'entre elles n'était obligée de réparer le dommage que *pro dominicis partibus*, c'est-à-dire proportionnellement à sa part de propriété [3]. Cette solution a été adoptée par quelques-uns des commentateurs du Code [4]. Mais d'autres auteurs estiment que chacun des copropriétaires est tenu solidairement [5]. Tel est, à leur avis,

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.* — V. aussi Demolombe, *loc. cit.* — Crim. rej., 24 nov. 1865, S., 66. 1. 181, D. P., 67. 1. 459. — Angers, 16 mars 1868, S., 68. 2. 315.

(2) Pau, 6 janv. 1898, D. P., 1900. 2. 265.

(3) L. 27 (Paul) et L. 40, § 3 (Ulpien), D., *De damno infecto*, XXXIX, 2.

(4) Delvincourt, III, p. 683; Toullier, XI, n. 317; Arntz, III, n. 484 *in fine*. — V. aussi Sourdat, *op. cit.*, II, n. 1461; Frémy-Ligneville et Perriquet, *Tr. de la législ. des bâtiments*, 3e édit., II, n. 856.

(5) Larombière, VII, p. 660 (art. 1386, n. 7); Huc, VIII, n. 458. — Jugé que les copropriétaires d'un mur mitoyen sont responsables solidairement, dans les termes de l'art. 1386, du dommage causé par la ruine de ce mur. Toulouse, 25 mai 1892, S., 92. 2. 221, D. P., 93. 2. 14.

le droit commun en matière de délits ou de quasi-délits commis par plusieurs individus (1). Nous avons déjà examiné cette prétendue règle générale, et nous avons dit que, dans le cas de pluralité d'auteurs d'un délit ou d'un quasi-délit, il y a, non pas obligation solidaire, mais seulement responsabilité pour le tout (2). Il faut appliquer ce principe au cas particulier dont nous parlons en ce moment (3).

D'ailleurs, quand l'un des copropriétaires aura payé le total des dommages-intérêts, il pourra exiger la répartition de la responsabilité, sauf s'il est prouvé qu'elle lui incombe exclusivement, par suite de son refus de concourir à l'entretien du bâtiment (4).

2963. La disposition de l'art. 1386, ayant un caractère exceptionnel, ne saurait être étendue par analogie à des cas où il ne s'agit pas du dommage causé par la ruine d'un bâtiment (5). Il est certain, par exemple, qu'elle n'est pas applicable à la responsabilité encourue par un propriétaire d'automobile à raison de l'accident causé par sa machine. Cette responsabilité n'est autre que la responsabilité civile du commettant, édictée par l'art. 1384, al. 3 (6).

2964. En droit romain, le propriétaire d'un bâtiment menaçant ruine pouvait être contraint, sur la demande du voisin, de fournir la *cautio damni infecti*, à défaut de laquelle il aurait pu, en abandonnant les débris, se dispenser de réparer le préjudice causé par la ruine du bâtiment (7). Le droit français ne permet pas d'exiger cette caution. D'ailleurs, aujourd'hui, l'utilité d'une pareille stipulation n'apparaîtrait guère, puisque le propriétaire du bâtiment se trouve obligé, en vertu de la disposition de l'art. 1386, à la réparation du

(1) V., sur cette théorie, notre tome II, n. 1300.
(2) V. notre tome II, n. 1301-1302.
(3) Demolombe, XXXI, n. 661.
(4) Demolombe, *loc. cit.* — Cpr. Larombière, n. précité, al. 2.
(5) V. *infra*, n. 2967.
(6) Trib. civ. Angoulême, 1er décembre 1905, et, sur appel, Bordeaux, 12 juin 1906, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1908. 1. 51. — Rapprochez, *supra*, n. 2955, et *infra*, n. 2976. — Rappr. aussi p. 687, note 1 *in fine*.
(7) L. 6 et 7, § 2, D., *De damno infecto*, XXXIX, 2.

préjudice que pourra causer sa ruine (1). Au surplus, l'ancienne jurisprudence française n'a jamais admis la *cautio damni infecti* proprement dite (2).

2965. Mais le voisin ne pourrait-il pas, du moins, forcer le propriétaire à réparer ou à reconstruire son bâtiment, et, sur le refus du propriétaire, obtenir l'autorisation de procéder, aux frais de celui-ci, aux réparations ou à la reconstruction? Notre ancienne jurisprudence lui reconnaissait ce droit (3); mais le Code civil paraît bien le lui retirer par son silence; d'autant plus qu'il résulte des travaux préparatoires que ce silence est calculé : dans son *Rapport au Tribunat*, Bertrand de Greuille, après avoir rappelé que le droit romain accordait une action à raison de la simple menace du préjudice, ajoute cette explication : « Ainsi la seule appréhension du mal donnait ouverture à l'action et pouvait opérer la dépossession; le projet, au contraire, veut avant tout que le mal soit constant. C'est donc le seul fait de l'écroulement qui peut légitimer la plainte et la demande du lésé et déterminer une condamnation à son profit » (4). Le législateur avait, d'ailleurs, de bonnes raisons pour rompre ici avec la tradition. L'action dont nous parlons étant une mesure préventive, son exercice peut souvent être vexatoire et donner lieu à une décision arbitraire. Du reste les voisins trouvent une garantie suffisante dans le droit qui appartient à l'autorité administrative d'ordonner la démolition ou la réparation des édifices menaçant ruine. C. pén., art. 471, n. 5 (5).

(1) Toullier, XI, n. 317; Duranton, XIII, n. 729; Colmet de Santerre, V, n. 367 *bis*-I; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 773, texte et note 17; Larombière, VII, p. 661 (art. 1386, n. 8); Demolombe, XII, n. 662; Laurent, XX, n. 645; Arntz, III, n. 484.

(2) Laurent, *loc. cit.*

(3) V. Domat, *Lois civ.*, 1re partie, liv. II, tit. VIII, sect. III, n. 2; Rousseau de Lacombe, *Jurispr. civ.*, vo *Dommage*, sect. III. — Plusieurs coutumes en avaient une disposition expresse : Sedan, art. 297; Anjou, art. 451; Gand, rubr. 18, art. 21; Anvers, tit. LXII, art. 45; Malines, tit. XIV, art. 41; Ypres, tit. XVI, art. 10. — V. aussi Fournel, *Du voisinage*, II, p. 205 s., vo *Bâtiment en péril;* Merlin, *Rép.*, vo *Bâtiment*, n. 3.

(4) Fenet, XIII, p. 477; Locré, XIII, p. 43 *in fine*, n. 16.

(5) *Sic* Duranton, *loc. cit.;* Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 773, texte et note 18; Laurent, XX, n. 646; Huc, VIII, n. 456. — Bruxelles, 17 mars 1825, D., *Rép. alph.*, vo *Responsabilité*, n. 767. — Cpr. Angers, 9 fév. 1849, S., 49. 2. 277. — Crim. cass., 14 août 1845, S., 46. 1. 32. — *Contra* Merlin, *Rép.*, vo *Bâtiment*, n. 3;

III. *Du dommage causé par une chose inanimée autre qu'un bâtiment et spécialement du dommage causé par une chose mobilière inanimée* (1).

2966. Pendant près de trois quarts de siècle, la responsabilité à raison des choses mobilières inanimées a été rattachée par la doctrine et la jurisprudence à l'art. 1382 du Code civil. La responsabilité du préjudice causé par notre chose était ainsi régie par le même principe que la responsabilité du préjudice causé directement par notre personne. Il en résultait que le propriétaire de la chose ou celui qui en avait la garde n'était déclaré responsable qu'autant que sa faute était établie, et la preuve de la faute incombait à la victime du dommage (2).

Pratiquement cela conduisait à refuser la réparation du

Malleville, III, p. 192; Henrion de Pansey, *Compétence des juges de paix*, chap. XXXVIII; Larombière, VII, p. 661-664 (art. 1386, n. 8, al. 2 s.); Demolombe, XII, n. 662. — Cpr. Rennes, 23 mars 1843, S., 44. 2. 204, D., *Rép. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 768.

(1) V. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées* (Paris, Rousseau, 1897) et plusieurs notes dans D. P., 1900. 2. 289-293; 1904. 2. 257-259; 1905. 2. 417; 1906. 2. 249; 1907. 1. 177-178; 1908. 1. 217; Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)* (Paris, Rousseau, 1897), surtout à partir de la p. 20, Compte rendu de la thèse de M. Renker dans la *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, année 1894, t. IV, p. 655-664, et note dans D. P., 97. 1. 433; Pisier, *De la responsabilité du fait des choses*, thèse, Paris, 1899. — V. aussi les magistrales notes de M. Esmein, S., 97. 1. 17-20; 98. 1. 65-69; 99. 1. 497-498. — L. Tart, *De la responsabilité à raison des choses mobilières inanimées;* Planiol, *Tr. élém. de dr. civ.*, II, 2e édit. et suiv., n. 927-931, *Du fondement de la responsabilité, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, LV année (1906), nouv. série, t. XXXV, p. 80, et notes dans D. P., 1906. 1. 457-458; 1907. 2. 17-18.

(2) Civ. rej., 19 juil. 1870, S., 71. 1. 9, D. P., 70. 1. 361. — V. aussi les décisions citées *supra*, n. 2867, p. 555, n. 3. — Quelques tribunaux français se sont encore prononcés dans le même sens, il y a peu d'années. — Trib. civ. de Saint-Jean d'Angély, 27 janv. 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 344. — Trib. civ. Nantua, 10 août 1899, *Loi*, 27 sept. 1899. — Trib. civ. d'Aix, 27 janv. 1902, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 158. — On peut même invoquer dans ce sens un arrêt de la cour de Rennes, du 28 juil. 1902. — V. cet arrêt, joint à Civ. cass., 16 janv. 1905, S., 1905. 1. 523, D. P., 1906. 1. 288. — Cpr. Paris, 5 nov. 1904, *Gaz. Trib.*, 1905, 1er semestre, 1. 431, *Mon. jud. Lyon*, 1er juil. 1905. — *Adde* la jurisprudence belge, Bruxelles, 16 avril 1894, S., 95. 4. 20. — Liège, 5 et 12 nov. 1898, S., 1900. 4. 13, D. P., 1900. 2. 289. — Cpr. Gand, 30 janv. 1897, S., *ibid.*

préjudice à celui qui en avait été victime, la preuve de la faute offrant le plus souvent des difficultés insurmontables. Ce résultat devint particulièrement regrettable lorsque les progrès de l'industrie et la multiplication des choses inanimées dangereuses rendirent les accidents plus fréquents; on sentit alors le besoin d'établir sur une autre base la responsabilité dont il s'agit (1).

2967. Dans cette vue la cour de Paris, prenant l'initiative d'un changement de jurisprudence, décida, par son arrêt du 20 août 1877, que la responsabilité du fait des choses inanimées était gouvernée par la disposition de l'art. 1386, aux termes duquel, ainsi qu'on vient de le voir : « Le propriétaire » d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa » ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien » ou par le vice de sa construction ». Dans l'espèce, il s'agissait du dommage occasionné par la chute d'un arbre, et cette chute était « le résultat de la vétusté et du vice propre du » tronc ». Notons que si la chose n'était pas un *bâtiment,* elle constituait du moins, un immeuble par nature (2). Mais, en 1893, allant plus loin, la cour de Paris, par son arrêt du 19 mai, a déclaré les propriétaires d'un remorqueur, responsables, aux termes de l'art. 1386, à raison des blessures mortelles faites à un mécanicien par l'explosion de la machine du bateau (3). Elle étendait ainsi l'application de ce texte au dommage résultant du fait des choses mobilières inanimées. Il faut remarquer, toutefois, qu'il s'agissait d'une chose qui, bien que mobilière, était, à certains égards, notamment au point de vue de l'hypothèque et de la publicité des aliénations, soumise aux mêmes règles que les immeubles. Enfin, complétant la généralisation de l'art. 1386, la même cour, le 11 mars 1904, a prononcé la responsabilité du propriétaire d'une armoire à glace dont la chute, « due à un vice de cons-

(1) V. *supra,* n. 2867.

(2) S., 78. 2. 48, D., *Suppl. au Répert. alph.,* v° *Responsabilité,* n. 961. — V. dans le même sens Larombière, VII, p. 665 (art. 1386, n. 10); Sourdat, *op. cit.,* II, n. 1453 *ter;* Récamier, *Recherches sur la responsabilité du fait d'autrui,* p. 177.

(3) Arrêt joint à Civ. rej., 16 juin 1896, S., 97. 1. 17, D. P., 97. 1. 433.

» truction », avait blessé une femme de ménage [1]. L'application de l'art. 1386 se trouvait ainsi étendue à toutes les choses mobilières [2].

Ce système ne saurait être admis. Il soulève des objections décisives. D'abord les termes mêmes de l'art. 1386 le condamnent. Ce texte parle d'un *bâtiment* dont la *ruine* cause un dommage. Ces expressions ne peuvent évidemment s'appliquer ni aux autres immeubles, ni surtout aux meubles. De plus, c'est toujours sur le propriétaire que l'art. 1386 fait peser la responsabilité ; or, si, comme nous l'avons expliqué, cette solution se justifie quant aux bâtiments, il n'en serait pas de même quant aux autres choses. Il faut, en ce qui concerne ces dernières, décider que la responsabilité incombe à celui qui en a la garde. D'ailleurs le système de la cour de Paris ne donne pas une satisfaction suffisante aux besoins actuels de la société. Il laisse subsister, en effet, à la charge de la personne qui a souffert le dommage, l'obligation de prouver soit le vice de construction, soit le défaut d'entretien de la chose. Or, toutes les fois que celle-ci aura été détruite ou gravement détériorée par l'accident, il sera bien difficile, souvent même impossible de faire cette preuve [3]. Pour toutes ces raisons, il faut repousser l'extension de l'art. 1386.

2968. On a cherché, en conséquence, il y a quelques années, à résoudre la question en appliquant un fragment de texte qui avait passé jusqu'alors presque inaperçu [4], l'art. 1384, al. 1 *in fine*, aux termes duquel on est responsable du

(1) D. P., 1904. 2. 257. — *Adde* Douai, 16 déc. 1896 (accident causé à un ouvrier par la chute d'une pile de bois), S., 97. 2. 126, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 474. — Trib. civ. Cusset, 13 juil. 1899, *Mon. jud. Lyon*, 25 oct. 1900. — Douai, 13 mai 1902 (accident occasionné à un ouvrier par la chute d'un échafaudage), S., 1904. 2. 44. — Sourdat paraît bien aller jusque-là. *Loc. cit.*

(2) C'est M. Josserand qui a le premier noté cette évolution. D. P., 1904. 2. 259, col. 1.

(3) Laurent, XX, n. 639 *in fine;* Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, p. 42 s.; *Note* dans D. P., 1904. 2. 259, col. 1 *in fine* et col. 2; Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, n. 16, p. 26-27, et *Note* dans D. P., 97. 1. 434, col. 1 *in medio*, et p. 437, col. 2. — Grenoble, 10 fév. 1892, S., 93. 2. 205. — Trib. civ. Lyon, 1er juill. 1899, *Mon. jud. Lyon*, 12 oct. 1899.

(4) Laurent en avait déjà fait remarquer l'importance, XX, n. 639.

dommage causé « par le fait... *des choses que l'on a sous sa garde* ». Ce texte est extrêmement général : il comprend toutes les choses mobilières et immobilières, animées ou inanimées. L'art. 1385 l'applique, en le développant, aux animaux : le législateur — nous l'avons dit — a voulu résoudre la question de savoir si la responsabilité de celui qui a l'usage d'un animal existe alors même que cet animal est égaré ou s'est échappé. D'autre part, l'art. 1386 contient une disposition exceptionnelle quant aux bâtiments. En dehors de ces deux hypothèses, spécialement dans le cas de préjudice causé par le fait d'une chose mobilière inanimée, c'est le principe général consacré par l'art. 1384, al. 1 *in fine,* qui reçoit son application. Or, ce texte ne subordonne pas, comme l'art. 1382, à la démonstration de l'existence d'une faute la responsabilité de celui auquel appartient la garde de la chose qui a occasionné le préjudice. Celui qui réclame la réparation du dommage n'a donc pas besoin de faire la preuve de cette faute. Il est tenu, seulement, tâche beaucoup plus facile, d'établir que le préjudice a bien été occasionné par la chose, qu'il y a un lien de cause à effet entre la chose et le dommage éprouvé par lui [1].

Cette interprétation de l'art. 1384, al. 1 *in fine,* qui a été généralement admise par la doctrine et par la jurisprudence, est combattue par M. Esmein. Résumons l'argumentation de

[1] Sainctelette, *Mémoire français pour Mme veuve de Sitter,* 1889, p. 31; Labbé, *Note,* S., 90. 4. 17; Saleilles, *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur,* 1894, IV, p. 659 s., *Les accidents de travail et la responsabilité civile,* n. 14-15, et *Note,* D. P., 97. 1. 433; Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées,* p. 73 *in fine,* p. 74 s., et *Note,* D. P., 1900. 2. 289, col. 1 *in fine* et col. 2. — L'abonné d'une compagnie du gaz peut-il être considéré comme le gardien de la canalisation établie dans son appartement et comme responsable à ce titre, en vertu de l'art. 1384, al. 1er *in fine,* des dommages causés par une explosion dont la cause est demeurée inconnue, mais qui s'est produite dans cette canalisation ? Pour l'affirmative Trib. civ. Lyon, 10 janvier 1902, et Lyon, 12 décembre 1902, joints à Req., 3 juin 1904, D. P., 1907. 1. 177. Voir la note de M. Josserand. — Au cas d'accident causé par une automobile, la responsabilité du propriétaire de la voiture découle, non pas de la disposition de l'art. 1384, al. 1 *in fine,* aux termes de laquelle on est responsable des choses qu'on a sous sa garde, mais de la disposition de l'alinéa 3 du même article, rendant le commettant responsable des actes de son préposé. Trib. civ. Reims, 8 août 1907, *Mon. jud. Lyon,* 2 sept. 1907, *Loi,* 18 sept. 1907. — Rappr. *supra,* n. 2955 I, 2963 I, et *infra,* n. 2976.

notre savant collègue : si, dans l'art. 1384, le législateur vise, en passant, le *dommage causé par le fait... des choses que l'on a sous sa garde,* c'est uniquement pour annoncer la disposition de l'art. 1385. Les expressions mêmes dont il s'est servi ne peuvent s'appliquer qu'aux actes des animaux. Le *dommage causé par le fait des choses* est assimilé par lui au *dommage causé par le fait des personnes.* Ainsi le fait dont il s'agit est, de part et d'autre, « un mouvement actif et propre qui ne peut émaner que d'un être vivant » (1). On répond que les mots « par le fait » ne supposent nullement une « manifestation de la vie », qu'ils indiquent simplement une relation de cause à effet. Suivant l'observation très exacte de M. Josserand, on dit fort bien qu'une catastrophe est survenue « *par le fait* d'une inondation, d'un incendie, d'un éboulement, du hasard » (2).

M. Esmein objecte encore que l'art. 1384 suppose la chose *sous la garde* de quelqu'un et qu'on ne saurait dire d'un objet quelconque qu'il est sous la garde de son propriétaire (3). Mais pourquoi pas ? On peut sans aucune impropriété de langage dire qu'une personne a la garde d'une chose inanimée, par exemple d'une machine agricole. Ne dit-on pas, demande M. Josserand, *le gardien d'un pont* ou *le gardien d'un phare* (4)?

M. Esmein ajoute que, suivant toutes les vraisemblances, les rédacteurs du Code n'ont admis que les cas de responsabilité du propriétaire, déjà connus dans notre ancien droit, c'est-à-dire la responsabilité du propriétaire d'un animal et celle du propriétaire d'un bâtiment (5). Et il renvoie aux ouvrages de Bourjon et de Domat (6). Selon nous, si nos

(1) *Note*, S., 97. 1. 19, col. 1 *in fine* et col. 2.

(2) *Note*, D. P., 1900. 1. 289, col. 2. — V. aussi du même auteur, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, p. 78 *in fine* et p. 79; Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, n. 15, p. 25.

(3) Même note, S., 97. 1. 19, col. 2 *in medio*.

(4) Même note, *ibid.*, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, p. 79 *in fine* et p. 80. — V. aussi Saleilles, *op. cit.*, n. 15, p. 25.

(5) Même note, S., 97. 1. 19, col. 2 *in fine* et col. 3. — Ce raisonnement est reproduit dans l'arrêt de Rennes, du 28 juillet 1902, précité.

(6) Bourjon, *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris*, liv. VI, tit. II, ch. VI et VII; Domat, *Lois civiles*, 1re part., liv. II, tit. VIII, sect. II et III.

anciens auteurs n'ont pas fait d'autre application du principe général, il ne faut point en conclure qu'ils n'ont pas reconnu l'existence de ce principe, mais simplement que les applications prévues par eux étaient les seules qui, de leur temps, eussent un intérêt pratique. Il est incontestable qu'au XVIIe et au XVIIIe siècles, les choses mobilières dangereuses étaient incomparablement moins nombreuses qu'à notre époque. Néanmoins, avant de parler de la responsabilité du fait des animaux, Domat pose la règle dans les termes les plus généraux. La façon dont il s'exprime mérite qu'on la remarque : « L'ordre qui lie les hommes en société, dit-il, ne les oblige pas seulement à ne nuire en rien par eux-mêmes à qui que ce soit, mais il oblige aussi chacun à tenir *tout ce qu'il possède* en un tel état que personne n'en reçoive ni mal, ni dommage ; *ce qui renferme* le devoir de contenir les animaux qu'on a en sa possession, de sorte qu'ils ne puissent ni nuire aux personnes, ni causer dans leurs biens quelque perte ou quelque dommage » (1). On voit que, pour Domat, la responsabilité du fait des animaux n'était qu'une application de la responsabilité du fait des choses en général. Cela résulte nécessairement de ces mots « ce qui renferme ».

M. Tart, avocat à la cour de Liège, et M. Esmein objectent que, dans le projet du gouvernement (2), les art. 1384 et 1385 n'en formaient qu'un (3). Mais s'ensuit-il que, dans l'esprit du législateur, la responsabilité du fait des choses fût restreinte à la responsabilité du fait des animaux? Non, car la disposition qui figure maintenant dans l'art. 1385 ne saurait être considérée comme développant intégralement celle qui est formulée dans l'art. 1384, al. 1 *in fine*. A raison des termes généraux de celle-ci, il était indifférent qu'elles fussent comprises ou non, toutes les deux, dans le même article (4). Au surplus, la véritable portée de notre texte est très

(1) Domat, *op. cit.*, 1re part., liv. II, tit. VIII, sect. II *in princ.* (édit. Rémy, I, p. 473).

(2) Fenet, II, p. 203.

(3) Tart, *op. cit.*, p. 24 s.; Esmein, *Note*, S., 99. 1. 497, col. 1 *in medio*.

(4) Josserand, *Note*, D. P., 1900. 1. 289, col. 2. — V. aussi Saleilles, *op. cit.*, n. 14, p. 23.

nettement déterminée par le tribun Bertrand de Greuille. Après avoir parlé de la responsabilité du dommage causé par un animal, il ajoute : « D'ailleurs, dans la thèse générale, *rien* de ce qui appartient à quelqu'un ne peut nuire impunément à un autre » (1).

2969. Maintenant, comment peut-on, rationnellement, indépendamment de toute faute prouvée, déclarer le propriétaire d'une chose ou celui qui en a la garde, responsable du préjudice que cette chose a créé? Trois explications ont été proposées.

2970. α. Parlons d'abord de celle qu'on trouve dans un jugement du Tribunal de l'empire d'Allemagne, du 11 décembre 1885. La responsabilité édictée par l'art. 1384, al. 1 *in fine,* a pour cause la qualité même de propriétaire, abstraction faite de toute idée de faute : « Le propriétaire, dit ce jugement, est le représentant légal des choses qui lui appartiennent, et le dommage qui est causé par un objet lui appartenant, doit être considéré comme causé par le propriétaire lui-même » (2). Mais la lecture de l'art. 1384 suffit à démontrer que cette explication n'est pas admissible. Ce texte déclare, en effet, responsable, non le propriétaire de la chose, mais *celui qui en a la garde,* de sorte que le propriétaire n'est responsable qu'autant qu'il a la garde et parce qu'il a la garde. La propriété toute seule n'engendre donc pas la responsabilité (3).

2971. β. D'après l'explication courante qui l'emporte dans la jurisprudence française et que la cour suprême a consacrée par deux décisions toutes récentes (Req., 22 janvier et 25 mars 1908) (4), la responsabilité du fait des choses inani-

(1) Fenet, XIII, p. 477; Locré, XIII, p. 43, n. 15 *in fine.*

(2) S., 87. 4. 18.

(3) Josserand, *Note* précitée, p. 292, col. 1. — V. aussi Labbé, *Note,* S., 71. 1. 9, col. 1 et 2, § 1, et Planiol, note sous Civ. rej., 8 mai 1906, D. P., 1906. 1. 457, surtout col. 2. — Liège, 5 nov. 1898, S., 1900. 4. 13, D. P., 1900. 2. 289.

(4) Trib. civ. Gien, 7 juin 1887, joint à Orléans, 20 déc. 1888, S., 90. 2. 14. — Trib. civ. Bourgoin, 10 juin 1891, et Grenoble, 10 fév. 1892 (accident causé par la chute d'un arbre), S., 93. 2. 205. — C. d'Et., 21 juin 1895, D. P., 96. 3. 65. — Dijon, 26 déc. 1895, S., 96. 1. 49, *Gaz. Pal.,* 1896. 1. 157. — Trib. civ. Bourges, 7 fév. 1895, Agen, 17 mars 1897, Trib. civ. de la Seine, 28 janv. 1899, Trib. civ. de Mayenne, 2 mars 1899, D. P., 1900. 2. 289. — Lyon, 25 avril 1899, Trib. civ.

mées a pour fondement une faute de la personne déclarée responsable; seulement cette faute est présumée, et, par conséquent, celui qui réclame la réparation du préjudice n'a pas à prouver la faute. Une semblable présomption se justifie facilement. La faute existe presque toujours. C'était donc le cas de la présumer. La victime du dommage se trouve ainsi déchargée, la présomption de la loi lui tenant lieu de preuve, d'un fardeau sous le poids duquel elle succomberait presque toujours (1).

D'ailleurs, cette présomption n'est pas irréfragable; elle peut être combattue par la preuve contraire qui est ici de droit, par cela seul que la loi ne la proscrit pas. Arg. art. 1352, al. 2 (2). Mais il y a difficulté sur le point de savoir en quoi doit consister la preuve contraire. Suivant les uns, il faudrait prouver *directement* le fait étranger qui a causé le dommage, c'est-à-dire, soit l'imprudence de la victime, soit le cas fortuit ou de force majeure (3). Suivant les autres, il suffirait à celui

Lyon, 15 nov. 1901, Trib. civ. de la Seine, 23 janv. 1903, Riom, 25 mars 1903, Aix, 1er juin 1904, D. P., 1904. 2. 257. — Paris, 31 mars 1903, joint à Civ. rej., 8 mai 1906, D. P., 1906. 1. 457. — Trib. civ. Marseille, 29 juill. 1903, S., 1904. 2. 87. — Trib. com. Marseille, 23 oct. 1903, *Rec. Marseille,* 1904. 1. 34. — Req., 3 juin 1904, D. P., 1907. 1. 177. — Trib. civ. La Châtre, 29 déc. 1904 (destruction par l'incendie d'une batteuse à vapeur, d'une partie des récoltes que cette machine devait battre), D. P., 1905. 2. 54. — Bourges, 15 janv. 1906 (espèce analogue), D. P., 1906. 2. 249. — Trib. civ. Seine, 24 janv. 1905, D. P., 1907. 2. 17. — Rennes, 26 juill. 1906 (espèce analogue), D. P., 1907. 2. 17, *Gaz. Pal.,* 1906. 2. 333, *Gaz. Trib.,* 1906, 2e sem., 2. 251, *Loi,* 25 avril 1906, *Mon. jud. Lyon,* 31 août 1906. — Amiens, 24 janv. 1907, *Gaz. Trib.,* 1907, 2e sem., 2. 22, *Loi,* 22 juin 1907, *Mon. jud. Lyon,* 10 juill. 1907. — Bordeaux, 17 juin 1907 (application à la ligne électrique d'une compagnie de tramways, responsabilité de l'électrocution d'un passant), *Journ. des arr. de Bordeaux,* 1907. 1. 356. — Req., 22 janv. 1908, D. P., 1908. 1. 217 (note de Josserand), *Gaz. Pal.,* 1908. 1. 269; 25 mars 1908, *Gaz. Pal.,* 1908. 1. 548. — Cpr. Civ. cass., 16 juin 1896, S., 97. 1. 17, D. P., 97. 1. 433 (note de M. Saleilles). — Req., 30 mars 1897, S., 98. 1. 65, D. P., *ibid., Gaz. Pal.,* 97. 1. 739.

(1) Josserand, *Note,* D. P., 1900. 2. 290, col. 2 (*Deuxième conséquence*). — V. aussi les jugements et arrêts cités à la note précédente.

(2) V. notamment, Paris, 31 mars 1903, Bordeaux, 17 juin 1907, Req., 22 janv. 1908, précités.

(3) V. Trib. civ. de Bourges, 7 fév. 1895, Dijon, 26 déc. 1895, Civ. cass., 16 juin 1895, Trib. civ. de la Seine, 28 janv. 1899, 23 janv. 1903 et Amiens, 24 janv. 1907, précités. — Cpr. Aix, 24 nov. 1904, *Rec. Marseille,* 1905. 1. 235. — Req., 22 janv. 1908, précité.

qui a la garde de la chose d'établir qu'il n'a commis aucune faute, d'où il résulterait par voie d'induction, indirectement, que l'accident est dû soit à un cas fortuit ou de force majeure, soit à la faute de la victime (1).

Tel est le système qu'on désigne souvent sous le nom de système de l'*interversion de la preuve*.

2972. γ. Plus récemment s'est fait jour la théorie du *risque* ou *risque créé*. Dans cette théorie, la responsabilité du fait des choses dont nous avons la garde est rattachée à l'idée de risque. Celui qui, pour son agrément ou pour son profit, introduit dans la société une chose dangereuse, fait courir à ses semblables un certain risque. Ainsi une machine à vapeur éclatera peut-être et blessera ou tuera quelqu'un sans qu'aucune faute ni même aucune imprudence puisse être reprochée au propriétaire de la machine ou à celui qui en a eu la garde, la cause de l'accident demeurant toujours ignorée. N'est-il pas juste que ce risque soit à la charge de celui qui l'a fait naître, c'est-à-dire de celui qui se sert de la chose, qui en a la garde, conformément à la règle *Ubi emolumentum ibi onus ?*

Puisque, dans ce système, c'est la création d'un risque qui sert de base à la responsabilité civile, et non la faute, il importerait peu que celui qui a la garde de la chose prouvât l'absence de toute faute de sa part. Il ne saurait même s'exonérer de la faute en établissant d'une façon précise que le dommage est le résultat d'un cas fortuit (2).

La théorie du risque gagne du terrain chaque jour. Elle

(1) Trib. civ. Lyon, 15 nov. 1901, précité.

(2) Certains auteurs, notamment M. Josserand, estiment que, dans l'hypothèse de la *force majeure*, l'accident n'a pas, comme dans l'hypothèse du cas fortuit, une *cause inhérente à la chose* et qu'il *provient d'un fait absolument indépendant*, tel qu'un cyclone ou un tremblement de terre. Ils décident, en conséquence, que, dans la théorie du risque, si la force majeure est prouvée, il n'y a pas responsabilité. Ils donnent à plus forte raison la même solution pour le cas où il est démontré que l'accident résulte d'une faute de la victime. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, p. 120-124. — Mais d'autres auteurs se prononcent en sens contraire. V. Ambroise Colin, *Rapport sur la responsabilité en matière d'accidents d'automobiles, Bull. de la Soc. d'études législatives*, 6e année, 1907, p. 284.

trouve de plus en plus faveur dans la doctrine (1) et commence à pénétrer dans la jurisprudence (2).

Le législateur en a fait même quelques applications (3).

(1) Labbé, *Note*, S., 90. 4. 18; Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, n. 4-5, p. 4-8, n. 14-22, p. 22-36, et *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1894, IV, p. 659-664; Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, p. 103 *in fine* s., et *Note*, D. P., 1900. 2. 292, col. 2, et p. 293. — Cpr. Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, thèse, Aix, 1901. — V. cep. Planiol, *Etudes sur la responsabilité civile*, deuxième étude, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, LVe année (1906), XXXV, p. 80-99.

(2) V. Chambéry, 12 juill. 1905, S., 1906. 2. 46, D. P., 1905. 2. 417 (note de M. Josserand). — Trib. civ. Lannion, 5 déc. 1905, D. P., 1906. 2. 249 (note de M. Josserand). — Lyon, 18 janv. 1907, *Rec. assur.*, 1907. 99.

(3) L. 8 juin 1895, *sur la révision des procès criminels et correctionnels et les indemnités aux victimes d'erreurs judiciaires* (risque judiciaire); L. 9 avril 1898, *concernant les accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail* (risque professionnel); L. 20 juin 1899, *sur la responsabilité des membres de l'enseignement public* (risque universitaire). — V. sur cette dernière loi, *supra*, n. 2909. — V. pour l'extension à l'Etat du principe que le risque est une charge normale de l'entreprise, Louis Perrier, *Le risque professionnel dans les fonctions et emplois publics*, *Rev. pol. et parl.*, 13e année, 1906, t. XLVII, p. 88-118. — V. aussi proposition de loi ayant pour objet d'étendre et d'adapter les principes essentiels de la loi du 9 avril 1898, sur les accidents du travail, à la réparation pécuniaire des accidents dont les soldats sont victimes par le fait ou à l'occasion du service militaire, présenté, le 6 mars 1905 (2e séance), par M. Mirman, député, *J. off.*, Ch. des dép., *doc. parl.*, 1905, sess. ord., annexe n. 2305, p. 283. — Proposition de loi ayant pour objet d'étendre aux accidents dont sont victimes les soldats en activité de service les dispositions de la loi du 9 avril 1898, sur les accidents du travail, présentée le 1er mars 1906 (2e séance), par M. Jules-Louis Breton, *J. off.*, Ch. des dép., *doc. parl.*, 1906, sess. ord., annexe n. 2285, p. 441. — Proposition de loi ayant pour objet d'étendre et d'adapter les principes de la loi du 9 avril 1898, sur les accidents du travail, à la réparation pécuniaire des accidents et maladies dont les soldats sont victimes par le fait ou à l'occasion du service militaire, présentée par M. Ghesquière, député, le 23 mars 1907, *J. off.*, Ch. des dép., *doc. parl.*, 1907, sess. extraord., annexe n. 893. — Projet de loi concernant l'application de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail aux ouvriers et employés de l'Etat, présenté, le 14 juin 1906, par M. Gaston Doumergue, ministre du commerce, de l'industrie et du travail, et par M. Raymond Poincaré, ministre des finances, *J. off.*, Ch. des dép., *doc. parl.*, 1906, sess. ord., annexe n. 86, p. 551. — Projet de loi sur les maladies professionnelles, présenté par M. Gaston Doumergue, ministre du commerce, de l'industrie et du travail, et par M. Raymond Poincaré, ministre des finances, le 14 juin 1906, *J. off.*, Ch. des dép., *doc. parl.*, 1906, sess. ord., annexe n. 88, p. 557. — Proposition de loi ayant pour objet l'extension aux maladies d'origine professionnelle de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, présentée par M. Jules-Louis Breton, député, le 13 juillet 1906 (2e séance), *J. off.*, Ch. des dép., *doc. parl.*, 1907, sess. ord., annexe n. 325, p. 2287. — Projet de loi concernant les accidents du travail survenus dans les établissements

La plus remarquable est celle qui est contenue dans la loi du 9 avril 1898, dont nous allons parler.

Indiquons, en outre, dès à présent, sauf à revenir sur ce point, qu'il est question d'appliquer la même théorie à la responsabilité en matière d'accidents d'automobiles (1).

2973. L'explication détaillée de la loi du 9 avril 1898 (2),

pénitentiaires et hospitaliers, présenté par M. G. Clémenceau, président du Conseil, ministre de l'intérieur, par M. René Viviani, ministre du travail et de la prévoyance sociale, par M. Guyot-Dessaigne, garde des sceaux, ministre de la justice et par M. J. Caillaux, ministre des finances, *J. off.*, Ch. des dép., *doc. parl.*, 1907, sess. ord., annexe n. 703, p. 87. — Projet de loi ayant pour objet d'étendre aux exploitations agricoles la législation sur les accidents du travail, présenté par M. René Viviani, ministre du travail et de la prévoyance sociale, par M. Ruau, ministre de l'agriculture, et par M. Caillaux, ministre des finances, *J. off.*, Ch. des dép., *doc. parl.*, 1906, sess. extraord., annexe n. 364, p. 34; rapport fait par M. Emile Chauvin, *J. off.*, Ch. des dép., *doc. parl.*, 1907, sess. ord., annexe 777, p. 157; avis présenté au nom de la commission d'agriculture, par M. Chaigne, *J. off.*, Ch. des dép., *doc. parl.*, 1907, sess. ord., annexe 1153, p. 979. — Proposition de loi sur les accidents agricoles, présentée par M. Paul Beauregard, député, le 24 oct. 1907, *J. off.*, Ch. des dép., *doc. parl.*, 1907, sess. extraord., n. 1271, p. 30. — Proposition de loi ayant pour objet d'étendre le régime de la législation sur les accidents du travail aux gens de maison, domestiques et autres serviteurs de toute sorte, présentée par M. Pugliesi-Conti, député, le 29 mai 1908, *J. off.*, Ch. des dép., *doc. parl.*, 1908, sess. ord., annexe n. 1737, p. 422.

(1) V. *infra*, n. 2976.

(2) V. pour les travaux préparatoires de cette loi S., *Lois ann.*, 1899, p. 761-803, D. P., 98. 4. 49-86. — V. aussi *Annuaire de législ. franç.*, XVIIIe année, 1899, p. 173-176. — La loi du 9 avril 1898 a été modifiée par les lois des 22 mars 1902, 31 mars 1905 et 17 avril 1906. Elle a été complétée par les lois suivantes : 1° loi du 30 juin 1899, *concernant les accidents causés dans les exploitations agricoles par les machines mues par des moteurs inanimés;* 2° loi du 12 avril 1906, *étendant à toutes les exploitations commerciales les dispositions de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail;* 3° loi du 18 juillet 1907, *ayant pour objet la faculté d'adhésion à la législation des accidents du travail.* Mentionnons également les trois décrets du 28 fév. 1899, *portant règlements d'administration pour l'exécution des art. 26, 27 et 23 de la loi du 9 avril 1898*, et le décret du 23 mars 1902, *relatif à l'exécution des art. 11 et 12 de la loi du 9 avril 1898*, le décret du 27 décembre 1906, *modifiant le règlement d'administration publique du 28 février 1899*, le décret du 18 février 1907, *portant règlement d'administration publique pour l'application de l'art. 5 de la loi du 12 avril 1906, qui étend à toutes les exploitations commerciales les dispositions de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, le décret du 30 juillet 1907, déterminant les formes des déclarations et du carnet prévus par la loi du 18 juillet 1907, ayant pour objet la faculté d'adhésion à la législation des accidents du travail.* — V. Cabouat, *De l'extension du risque professionnel d'après les lois du 12 avril 1906, du 18 juillet 1907 et du 26 mars 1908*, 1er vol., *Lois nouv.*, 27e année, 1908, 1re part.

concernant les accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, ne rentre pas dans le cadre de ce traité [1].

Mais nous devons donner une idée générale des dispositions de cette loi pour indiquer dans quelle mesure elle a consacré la théorie du risque et, par conséquent aussi, dans quelle mesure elle a exclu l'application des articles **1382** et **1383**.

« Cette loi, dit M. Ricard, rapporteur à la chambre des députés, a été inspirée par la plus haute pensée de concorde et d'apaisement. C'est une œuvre de pacification; c'est surtout une œuvre de justice » [2]. Elle part de ce principe que le *risque professionnel* doit être à la charge du patron. Le risque professionnel est le risque *inhérent* à une profession déterminée. C'est celui que court un ouvrier, dans l'exercice de sa profession, de voir son activité, sa santé ou sa vie compromise par un de ces accidents du travail que les perfectionnements de la science pourront rendre de plus en plus

— MM. Defontaine, Pàsqual, Delpierre, Dehove, Guislain, Alfred Le Roy, Delacroix, députés, ont déposé, le 28 novembre, 1907 (2e séance), une proposition de loi ayant pour but de compléter l'art. 22 de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, *J. off.*, Ch. des dép., 1907, sess. extraord., annexe 1340, p. 310. — M. Basly, député, a présenté, le 2 avril 1908, une proposition de loi ayant pour objet de modifier les lois des 9 avril 1898, 22 mars 1902, 31 mars 1905 et 17 avril 1906 sur les accidents du travail. *J. off.*, Ch. des dép., *Doc. parl.*, 1908, sess. ord., annexe n. 1663, p. 306. — M. Defontaine, député, a deposé, le 9 juillet 1908, une proposition de loi tendant à modifier la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail.

[1] On trouvera un commentaire complet de cette loi dans Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, 2e édit., II, n. 1732-2064, p. 168-319; n. 2389-2441, p. 489-508; 3e édit., II, n. 1732-2777, p. 58-519; n. 3118-3388, p. 698-805; n. 3391-3424, p. 806-819. — V. aussi Sachet, *Tr. théor. et prat. de la législation sur les accidents du travail*, 2 vol., 4e édit., Paris, 1906-1907; Loubat, *Tr. sur le risque professionnel*, 2 vol., 3e édit., Paris, 1906; Bellom, *De la responsabilité en matière d'accidents du travail*, 1 vol., 2e édit., Paris, 1902; Ed. Serre, *Les accidents du travail*, commentaire des lois des 9 avril 1898, 30 juin 1899, 22 mars 1902 et 31 mars 1905, 1 vol., 3e édit., Paris, 1906; Coulet (P.), *Commentaire et explication pratique de la loi concernant les responsabilités des accidents*, L. du 9 avril 1898, 1 vol., 2e édit., Paris, 1899; Cabouat, *Tr. des accidents du travail*, 2 vol. parus (l'ouvrage doit se composer de trois), Paris, *Bureaux des Lois nouvelles*, 1901 et 1907; Porez, *Le risque professionnel* (thèse), Paris, 1901; Charlier de Vrainville, *Formalités, compétence et procédure en matière d'accidents du travail* (thèse), Paris, 1903.

[2] Séance du 25 fév. 1892, *J. off.*, Ch. des dép., *Doc. parl.*, 1892, sess. ord., annexe n. 1926, p. 301.

rares sans jamais les supprimer, et qui se produisent sans qu'il y ait à proprement parler faute ni de la part du patron, ni de la part de la victime (1). Pourquoi la loi du 9 avril 1898 met-elle ce risque à la charge du patron? Parce que c'est lui qui a « l'initiative, la direction et le profit » de l'entreprise (2). Le prix de ce risque, qui, en fait, consistera le plus souvent en annuités payées à une compagnie d'assurances, a été considéré comme rentrant dans les frais généraux du patron. C'est une charge de l'entreprise, une contre-partie des bénéfices.

Le risque professionnel comprend les accidents résultant d'un cas fortuit, pourvu qu'il s'agisse d'un cas fortuit qui s'est produit « *à l'occasion du travail* » de l'ouvrier (3). Il comprend également les accidents dus à une faute, même inexcusable, de celui-ci. Le patron ne cesse d'être responsable que lorsque l'accident a été provoqué *intentionnellement* par l'ouvrier qui en a été victime. Art. 20.

2973. L'art. 1er de la loi du 9 avril 1898 énumère les industries ou exploitations soumises au risque professionnel. Ce sont « l'industrie du bâtiment, les usines, manufactures, chantiers, les entreprises de transport par terre et par eau, de chargement ou de déchargement, les magasins publics, mines, minières, carrières... toute exploitation ou partie d'exploitation dans laquelle sont fabriquées ou mises en œuvre des matières explosives ou dans laquelle il est fait usage d'une machine mue par une force autre que celle de l'homme

(1) V. le bel article de M. l'ingénieur en chef Cheysson, *Journ. des Economistes*, 15 mars 1888. — V. pour les parties des travaux préparatoires concernant la théorie du risque professionnel, S., *Lois ann.*, 1899, p. 763, note IV, B, col. 2, D. P., 98. 4. 51, note 25.

(2) Rapport de M. Martin-Nadaud, 14 nov. 1882, *J. off.*, Ch. des dép., *Doc. parl.*, 1882, sess. extraord., annexe n. 1334, p. 2494.

(3) Ainsi le patron n'est pas responsable de la mort subite d'un ouvrier, survenue par suite d'une attaque d'apoplexie au cours de son travail, en supposant qu'il n'y ait aucun lien entre l'accident et le travail. Il n'est pas responsable non plus des accidents causés par la foudre, par une tempête, ni, d'une manière générale, de tous les cas fortuits que les Anglais désignent sous le nom d'*actes de Dieu*. — V. pour de plus amples explications Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, 2e édit., n. 1837-1838, 3e édit., n. 1962. — V. aussi pour les travaux préparatoires S., *Lois ann.*, 1899, p. 769-771, note 4, D. P., 98. 4. 57, notes 32 et 37. — *Quid* du feu grisou? V. D. P., 98. 4. 58, note 36.

ou des animaux ». Cette énumération, qui, à notre sens, est limitative (1), comprend presque toutes les industries (2). Il y en a bien peu, en effet, qui échappent aux termes si compréhensifs de la disposition de l'art. 1er.

Cependant on a exclu, du moins en principe, l'industrie agricole, probablement parce qu'elle n'offre pas les mêmes dangers que les autres industries. Les ouvriers agricoles ne sont soustraits à l'application du droit commun que lorsqu'ils sont associés au travail de machines *mue par une force autre que celle de l'homme ou des animaux,* telles que moissonneuses, batteuses, etc. (3).

La loi du 9 avril 1898 est inapplicable aussi aux marins, régis, à l'égard du risque professionnel, par une loi particulière, celle du 29 décembre 1905, *sur la caisse de prévoyance des marins français* (4).

Enfin la loi sur les accidents du travail demeure étrangère aux domestiques et aux ouvriers que les particuliers emploient pour leurs besoins personnels (5).

(1) V. S., *Lois ann.*, 1899, p. 767, col. 3 *in fine* et p. 768, note 3, A. — V. D. P., 98. 3. 59-60, notes 49 à 56. — V. dans ce sens Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, 2e édit., n. 1771, 3e édit., n. 1740. — Mais la jurisprudence de la cour de cassation est en sens contraire. V. S., *Lois ann.*, 1907, p. 399, note 2, col. 3.

(2) La loi du 9 avril 1898 s'applique aux ouvriers et employés des manufactures, usines et chantiers de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics. V. S., *Lois ann.*, 1899, p. 772, col 2. note 5, al. 5.

(3) V. S., *Lois ann.*, 1899, p. 774-775, note 16; D. P., 98. 4. 63-65, notes 80 à 91. — V. sur la loi du 30 juin 1899, *infra*, n. 2974. — V. projet de loi ayant pour objet d'étendre aux exploitations agricoles la législation sur les accidents du travail, présenté le 5 novembre 1906 par M. Viviani, ministre du travail et de la prévoyance sociale, par M. Guyot-Dessaigne, garde des sceaux, ministre de la justice, et par M. Caillaux, ministre des finances, *J. off.*, Ch. des dép., *doc. parl.*, 1907, sess. ord., annexe n. 703, p. 87; proposition de loi sur les accidents agricoles, présentée par Paul Beauregard, *J. off.*, Ch. des dép., *doc. parl.*, 1908, sess. ord., annexe n. 1271, p. 30.

(4) Précédemment cette matière était régie par la loi du 21 avril 1898, « ayant pour objet la création d'une caisse de prévoyance entre les marins français contre les risques et accidents de leur profession ».

(5) M. Pugliesi-Conti, député, a déposé, le 29 mai 1908, une proposition de loi *ayant pour objet d'étendre le régime de la législation sur les accidents du travail aux gens de maison, domestiques et serviteurs de toute sorte.* L'article unique de cette proposition de loi est ainsi conçu : « Tout domestique, attaché ou non à la personne, est placé sous le régime de la législation concernant la responsabilité du travail, loi du 9 avril 1898, pour tous les accidents qui lui surviendrait par

Mais une loi du 12 avril 1906 a étendu « *à toutes les exploitations commerciales* les dispositions de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail » (1).

Toutefois, même depuis cette loi du 12 avril 1906, celle du 9 avril 1898 n'est pas applicable aux industries qui ne transforment pas des produits (2).

2973 II. L'ouvrier ou l'employé victime de l'accident n'a droit à une indemnité qu'*à la condition que l'interruption de travail* (conséquence de l'accident) *ait duré plus de quatre jours*. Art. 1er, al. 1 *in fine*. Le législateur ne devait admettre la responsabilité du patron que pour les accidents ayant une certaine gravité, non pour ceux qui peuvent être assimilés à une indisposition de courte durée.

La loi prend pour base du calcul de l'indemnité le salaire de l'ouvrier. Cette base est rationnelle puisque l'accident a pour résultat de supprimer le salaire ou de le réduire pendant un temps plus ou moins long. Il résulte de l'examen de l'art. 3 : 1° que l'indemnité allouée à l'ouvrier ou à ses représentants est réglée *à forfait*, dans tous les cas, d'après l'importance du salaire ; 2° que cette indemnité est toujours inférieure au préjudice subi, puisqu'elle ne consiste que dans une partie du salaire ou de la portion du salaire supprimée par suite de l'accident. Dans un seul cas, l'indemnité peut être égale au préjudice subi, c'est-à-dire, à la totalité du salaire dont l'ouvrier est privé par suite de l'accident, à savoir lorsqu'il est démontré que l'accident a été causé par la faute *inexcusable* du patron. Art. 20, al. final.

Sous la législation antérieure, le juge était chargé d'arbitrer le montant des dommages-intérêts dus à l'ouvrier, et

le fait ou à l'occasion du travail ». *J. off.*, Ch. des dép., *doc. parl.*, 1908, sess. ord., annexe n. 1737, p. 422. Mais, actuellement, les accidents dont ces personnes sont victimes dans l'exercice de leurs fonctions sont, comme par le passé, régis par les dispositions des art. 1382 et 1383. — V. *infra*, p. 703, note 1.

(1) « La législation sur les accidents du travail est étendue à toutes les entreprises commerciales ». Art. 1er. V. sur cette disposition Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, 3e édit., n. 1764, 1780, 1781, 1786, 1787, 1816, 1818 à 1821. — V. aussi S., *Lois ann.*, 1907, p. 400-401, D. P., 1906. 4. 116-117, note 9. — L'article 5 de la loi du 12 avril 1906 a été modifié par une loi du 26 mars 1908, *J. off.*, 29 mars 1908. — V. S., *Lois ann.*, 1908, p. 699-700, D. P., 1908. 4. 36.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, 3e édit., II, n. 1764 *in fine*.

rien ne l'empêchait de les tarifer à une somme égale au préjudice subi. L'ouvrier pouvait donc obtenir une indemnité égale au montant intégral du salaire qu'il perdait par suite de l'accident. Mais il était obligé de prouver la faute du patron, et, le plus souvent, il n'y réussissait pas. Aujourd'hui l'ouvrier n'a plus droit qu'à une indemnité réduite et forfaitaire, mais il est dispensé de prouver la faute du patron.

Ainsi, finalement, la situation de l'ouvrier a été empirée sur un point et améliorée sur un autre. C'est une sorte de transaction que la loi a imposée au patron et à l'ouvrier pour établir la concorde entre eux [1].

L'ouvrier ne pourrait pas, d'ailleurs, quand il se croit en mesure de prouver la faute du patron, renoncer au bénéfice de la loi du 9 avril 1898 pour agir d'après le droit commun, c'est-à-dire en vertu de la disposition de l'art. 1382. Aux termes de l'art. 2, al. 1 : « Les ouvriers et employés désignés à l'article précédent ne peuvent se prévaloir, à raison des accidents dont ils sont victimes dans leur travail, d'aucunes dispositions autres que celles de la présente loi » [2].

2973 m. Mais l'action de l'art. 1382 est autorisée au profit de l'ouvrier contre les tiers, auteurs de l'accident. L'ouvrier peut avoir intérêt à intenter cette action pour obtenir la réparation intégrale du préjudice causé par l'accident. On sait que le patron n'est tenu que d'une réparation partielle. L'art. 7, al. 1, de la loi dit à ce sujet : « Indépendamment de l'action résultant de la présente loi, la victime ou ses représentants conservent, contre les auteurs de l'accident autres que le patron, ou ses ouvriers et préposés, le droit de réclamer la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun ».

L'indemnité que l'ouvrier obtiendra par cette voie pourra-t elle se cumuler avec celle que la loi met à la charge du patron? Non, l'art. 7, al. 2, dispose qu'elle s'imputera sur l'indemnité due par le patron.

Au cas où l'ouvrier négligerait d'exercer contre le tiers,

(1) V. S., *Lois ann.*, 1899, p. 761, note 1, col. 3, D. P., 98. 4. 49 note 4.
(2) V. S., *Lois ann.*, 1899, p. 776, col. 3, note 21, D. P., 98. 4. 66, col. 3, note 1.

auteur de l'accident, l'action de l'art. 1382, pour s'en tenir à celle que la loi du 9 avril 1898 lui attribue contre le patron, celui-ci peut agir contre le tiers du chef de la victime [1]. Mais, par cette action, le patron ne peut pas obtenir plus que ce qu'il est tenu de payer à l'ouvrier. Il est clair, en effet, que l'auteur de l'accident ne peut être poursuivi par le patron qu'en qualité de garant. C'est ainsi qu'il faut entendre l'art. 7, al. fin.

2973 IV. La loi dont nous venons d'indiquer les grandes lignes appartient à la catégorie des lois dites d' « ordre public », et, en conséquence, toute renonciation au bénéfice de ses dispositions serait nulle de plein droit. Art. 30. Il le fallait bien, car, à défaut de cette sanction, les ouvriers, ainsi que l'expérience l'a prouvé dans des cas analogues, auraient facilement consenti, moyennant quelque avantage immédiat, à se dépouiller des garanties destinées à les mettre éventuellement à l'abri de la misère [2].

2974. Dans le système de la loi du 9 avril 1898, les ouvriers agricoles n'étaient soustraits à l'application du droit commun que s'ils étaient associés au travail d'une machine, « mue par une force autre que celle de l'homme ou des animaux ». Art. 1. Quand cette condition était remplie, le risque devait incomber au chef d'exploitation, c'est-à-dire au propriétaire, fermier ou métayer.

Aujourd'hui la question est réglée par la loi du 30 juin 1899, *concernant les accidents causés dans les exploitations agricoles par l'emploi de machines mues par des moteurs inanimés* [3]. L'article unique de cette loi est ainsi conçu : « Les accidents occasionnés par l'emploi de machines mues par des

[1] L'alinéa de l'art. 7 qui renferme cette disposition était primitivement le second. Depuis que la loi du 22 déc. 1902 a modifié celle du 9 avril 1898, il est devenu l'al. 4 et dernier. V. S., *Lois ann.*, 1899, p. 784, col. 3, note 6; D. P., 98. 4. 72, note 3.

[2] V. Sirey, *Lois ann.*, 1899, p. 801-802, D. P., 98. 4. 85, note 2.

[3] V. Sirey, *Lois ann.*, 1899, p. 840, texte et notes 4 à 8 ; D. P., 99. 4. 93-94, notes 5 et 6 ; *Ann. législ. franç.*, XIXe année, 1900, p. 56-57, 61-62. — V. pour le commentaire de cette loi Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, 2e édit., n. 1762-1764, 1801-1809, 1841, 1898 ; 3e édit., n. 1833-1845, 1901-1904, 1919-1923, 2012-2015, 2115-2117 ; Loubat, *Des accidents agricoles, Loi du 30 juin 1899*, Paris, 1902 ; Louis Nuville, *Des accidents du travail agricole*, thèse, Toulouse, 1908.

moteurs inanimés et dont sont victimes, par le fait ou à l'occasion du travail, les personnes, quelles qu'elles soient, occupées à la conduite ou au service de ces moteurs ou machines, sont à la charge de l'*exploitant dudit moteur*. Est considéré comme exploitant l'individu ou la collectivité qui dirige le moteur ou le fait diriger par ses préposés. Si la victime n'est pas salariée ou n'a pas un salaire fixe, l'indemnité due est calculée, selon les tarifs de la loi de 1898, d'après le salaire moyen des ouvriers agricoles de la commune. En dehors des cas ci-dessus déterminés, la loi du 9 avril 1898 n'est pas applicable à l'agriculture ».

On voit que la loi du 30 juin 1899 a déplacé le risque. Il ne pèse plus, comme sous l'empire de la loi du 9 avril 1898, sur le chef d'exploitation, c'est-à-dire sur le propriétaire, métayer ou fermier, mais bien sur *l'exploitant du moteur*, c'est-à-dire sur celui *qui dirige le moteur ou le fait diriger par ses préposés*. Il résulte de cette explication que l'exploitant du moteur n'en est pas nécessairement le propriétaire. On doit, par exemple, considérer comme exploitant du moteur, au sens de la loi de 1899, celui qui prend une machine en location et l'exploite chez les cultivateurs (1).

De plus, la responsabilité qu'établit la loi de 1899 est à la fois plus étendue et plus restreinte que celle que la loi de 1898 fait supporter aux chefs des entreprises visées par son article 1er. D'une part, elle est plus étendue en ce sens qu'elle peut être invoquée par les personnes, « quelles qu'elles soient », occupées à la conduite ou au service des moteurs ou machines, par conséquent, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'elles sont liées ou non à l'exploitant du moteur par un contrat de louage de services (2). D'autre part, elle est plus restreinte en ce sens que les seuls accidents qui donnent droit à une indemnité sont ceux qui sont

(1) Déclaration du rapporteur, Ch. des dép., séance du 8 juin 1899, *Journ. off.*, 9 juin 1899, *Déb. parl.*, p. 1594. — V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, 3e édit., n. 1923.

(2) Même déclaration, *Journ. off.*, *loc. cit.* — V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, 2e édit., n. 1803, dern. al., 3e édit., n. 1901. — Civ. rej., 6 janv. 1903, S., 1905. 1. 337, D. P., 1903. 1. 178, *Gaz. Pal.*, 1903. 1. 161. — Civ. cass., 20 juin 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 2. 32.

occasionnés par *l'emploi de machines agricoles mues par des moteurs inanimés*. Or, d'après la jurisprudence de la cour de cassation, c'est le fonctionnement, la mise en marche seuls du moteur que vise la loi de 1899. Il faut qu'il existe une relation de cause à effet entre l'emploi de la machine et l'accident à raison duquel une indemnité est demandée. Les dispositions de la loi de 1899 ne concernent donc pas les accidents auxquels l'action de la machine est étrangère, par exemple ceux qui surviennent alors que la machine n'est pas encore ou n'est plus en action (1).

Toutefois, par un arrêt du 20 février 1907, la chambre des requêtes a décidé que, lorsque la protection spéciale de la loi du 30 juin 1899 manque à un ouvrier employé au service d'une machine agricole mue par un moteur inanimé, par la raison que l'accident n'a pas été causé par la machine elle-même ou par son moteur, il ne s'ensuit pas qu'il doive être privé de la réparation que la loi du 9 avril 1898 assure aux ouvriers industriels, si cet ouvrier est un ouvrier de cette catégorie, tenu par son contrat de travail, non seulement de conduire la machine, mais aussi de la nettoyer, entretenir et réparer (2).

2975. On sait que la loi du 9 avril 1898 a été étendue, dans une mesure restreinte, à certaines exploitations agricoles par la loi du 30 juin 1899, et à toutes les entreprises commerciales par la loi du 12 avril 1906. Nonobstant ces extensions, il restait de nombreux employeurs et salariés à qui elle était

(1) Civ. rej., 5 fév. 1902, S., 1902. 1. 184, D. P., 1902. 1. 231, *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 318. — Civ. cass., 4 août 1902, S., 1903. 1. 332, D. P., 1902. 1. 581, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 298. — Req., 15 déc. 1902, *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 41. — Civ. rej., 24 déc. 1902, S., 1905. 1. 340, D. P., 1903. 1. 178, *Gaz. Pal.*, 1903. 1. 187. — Req., 5 janv. 1903, S., 1904. 1. 183, D. P., 1904. 1. 516, *Gaz. Pal.*, 1903. 1. 243. — Civ. rej., 31 juil. 1906, D. P., 1907. 1. 257. — Req., 20 fév. 1907, S., 1907. 1. 238, D. P., *ibid.*, 20 mars 1907, D. P., *ibid.*, *Gaz. Trib.*, 1907, 2e semestre, 1. 145. — Civ. rej., 6 janv. 1903, et Civ. cass., 20 juin 1908, précités. — Cpr. Civ. rej., 7 août 1906, D. P., 1907. 1. 257, *Gaz. Pal.*, 1906. 2. 288.

(2) Req., 20 fév. 1907, précité. — V. cependant Civ. rej., 6 janv. 1903 (sol. impl.). — Mais on trouvera, sous cet arrêt, dans le recueil de Sirey, une note où M. Wahl invoque de très solides arguments en faveur de la première solution. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, 3e édit., n. 1904; Dupuich, note D., P., 1907. 1. 257-260.

inapplicable, à savoir ceux qui figuraient dans la plupart des exploitations agricoles et forestières et les employeurs de salariés attachés au service de leur personne [1]. Or il était vraisemblable que bien des années devaient s'écouler encore avant que tous les travailleurs pussent être également protégés. D'autre part, il était impossible de déterminer exactement, dans cette matière, les limites du domaine de la loi. Beaucoup de chefs d'entreprise n'avaient aucun moyen de savoir avec certitude s'ils étaient régis ou non par la loi du 9 avril 1898. Ils se trouvaient, en conséquence, dans un très grand embarras au point de vue de l'assurance qu'il leur importait de contracter. Devaient-ils se faire garantir contre les risques de la loi sur les accidents du travail ou contre ceux de l'article 1382? En pratique, les compagnies leur faisaient une double police : elles s'engageaient, d'une part, à se substituer aux employeurs aux termes de la loi du 9 avril 1898, si les juges la déclaraient applicable, et, d'autre part, dans le cas contraire, à les garantir contre l'application de l'article 1382, si la victime, après avoir été déboutée de la demande formée par elle en vertu de la loi de 1898, engageait une autre action en invoquant le droit commun. Dans ces conditions, les employeurs payaient des primes élevées, mais cela n'avait point pour effet de sauvegarder les intérêts de leur personnel. Lorsque des accidents survenaient, les compagnies soutenaient que la loi de 1898 était étrangère à l'espèce, et, si le tribunal accueillait ces conclusions,

[1] La loi du 9 avril 1898, étant exclusivement applicable aux ouvriers et employés, ne régit pas la responsabilité que les maîtres peuvent encourir à raison des accidents dont leurs *domestiques* sont victimes à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Le domestique victime d'un accident du travail ne peut donc réclamer à son maître des dommages-intérêts qu'en faisant la preuve d'une faute commise par ce dernier. En d'autres termes, dans l'hypothèse, la responsabilité demeure soumise aux règles du droit commun, tel qu'il résulte des articles 1382 et suivants. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, 3e édit., II, n. 1898; Sachet, *op. cit.*, 4e édit., I, n. 197; Loubat, *op. cit.*, 3e édit., I, n. 311 s. — Trib. civ. Seine, 19 mai 1906, S., 1907. 2. 250, D. P., 1907. 5. 31. — Caen, 7 mai 1907, S., 1908. 2. 79, *Gaz. Pal.*, 1907. 2. 209, *Gaz. Trib.*, 1907, 2e sem., 2. 216 — Trib. paix Paris, 30 mai 1907, *Loi*, 1er juin 1907, *Mon. jud. Lyon*, 8 juin 1907; 8 août 1907, *Gaz. Pal.*, 1907. 2. 454. — Trib. paix Paris (14e arr.), 7 nov. 1907, S., 1908. 2. 87. — Trib. civ. Saint-Sever, 29 fév. 1908, *Gaz. Trib.*, 1908, 2e sem., 2. 36. — Cpr. Dijon, 10 déc. 1902, S., 1905. 2. 135. — Trib. paix Verzy (Marne), 16 mai 1905, D. P. 1906. 5. 7.

l'ouvrier, la plupart du temps, ne pouvant établir la faute directe de l'employeur ou de ses préposés, se voyait refuser l'application de l'art. 1382. On a pensé qu'en attendant une réforme plus complète, il convenait d'atténuer les inconvénients du système actuel (1). D'où la loi du 18 juillet 1907, « *ayant pour objet la faculté d'adhésion à la législation des* » *accidents du travail* » (2).

Le premier alinéa de l'art. 1 de cette loi est conçu en ces termes : « Tout employeur non assujetti à la législation concernant les responsabilités des accidents du travail peut se placer sous le régime de ladite législation pour tous les accidents qui surviendraient à ses ouvriers, employés ou domestiques, par le fait du travail ou à l'occasion du travail ». On remarquera que cette disposition vise non seulement la loi de 1898, mais, d'une façon générale, la législation sur les accidents du travail, formule qui englobe, avec la loi de 1898, les lois qui l'ont modifiée et celles qui pourront intervenir dans le même ordre d'idées (3).

Si le premier alinéa de l'art. 1 mentionne spécialement les *domestiques*, c'est pour mettre hors de doute le droit pour les maîtres d'adhérer en ce qui regarde les salariés attachés au service de leur personne ; mais, en s'expliquant formellement sur ce point, le législateur de 1907 n'a pas entendu exclure les salariés qui ne peuvent être qualifiés d'ouvriers, d'employés ou de domestiques : « L'expression générale que contient l'art. 1er, a dit M. Viviani, ministre du travail, dans la discussion au sénat, montre que le projet s'applique à tous les contrats de travail » (4).

L'employeur qui veut adhérer « dépose à cet effet à la mairie du siège de son exploitation, ou, s'il n'y a pas exploitation, à la mairie de sa résidence personnelle, une déclaration dont il lui est remis gratuitement récépissé, et qui est immédiatement transcrite sur un registre spécial tenu à la

(1) V. Exposé des motifs de la loi du 18 juillet 1907, *J. off.* du 28 mars 1901, Ch. des dép., *doc. parl.*, 1901, sess. ord., annexe n. 2273, p. 215.

(2) V. S., *Lois ann.*, 1907, p. 614-616, D. P., 1907. 4. 151-152.

(3) V. S., *Lois ann.*, 1907, p. 615, col. 1 *in medio*, note 2 continuée, D. P., 1907. 4. 152, notes 1 et 2.

(4) Sénat, séance du 11 juin 1907, *J. off.*, 12 juin 1907, *Déb. parl.*, p. 740.

disposition des intéressés. Il doit présenter en même temps un carnet destiné à recevoir l'adhésion de ses salariés, sur lequel le maire appose son visa en faisant mention de la déclaration et de la date. — Les formes de la déclaration et du carnet sont déterminées par décret (1). Le carnet doit être conservé par l'employeur pour être, le cas échéant, représenté en justice ». Art. 1er, al. 2 et 3 (2).

Quand ces formalités ont été remplies, « la législation sur les accidents du travail devient alors de plein droit applicable à tous ceux de ses ouvriers, employés ou domestiques qui auront donné leur adhésion, signée et datée en toutes lettres par eux, au carnet prévu par l'article précédent ». Art. 2, al. 1er (3).

Ainsi, d'une façon générale, quand le salarié aura adhéré à la déclaration du patron, la législation des accidents du travail s'appliquera dans les rapports des intéressés. Le salarié n'aura donc plus à prouver que l'accident est dû à la faute du chef d'entreprise (4). De son côté, l'employeur sera soustrait au danger qui résultait pour lui du pouvoir illimité des juges quant à la fixation de l'indemnité (5). Enfin l'assureur du patron ne pourra plus, pour refuser de payer l'indemnité stipulée dans le contrat d'assurance, prétendre que la profession de l'assuré ne rentre pas dans les termes de la loi du 9 avril 1898 (6).

(1) V. décret du 30 juillet 1907, *déterminant les formes des déclarations et du carnet prévus par la loi du 18 juillet 1907, ayant pour objet la faculté d'adhésion à la législation des accidents du travail. J. off.*, 31 juillet 1907, S., *Lois ann.*, 1907, p. 616.

(2) *Quid* si le carnet se perd? V. Sénat, séance du 11 juin 1907, *J. off.*, 12 juin 1907, *Déb. parl.*, p. 739 et 741.

(3) L'alinéa 2 du même article ajoute : « Si l'ouvrier, employé ou domestique, ne sait ou ne peut signer, son adhésion est reçue par le maire qui la mentionne sur le carnet. Il en est de même pour l'adhésion des mineurs et des femmes mariées, sans qu'ils aient besoin, à cet effet, de l'autorisation du père, tuteur ou mari ». — V. Sirey, *Lois ann.*, 1907, p. 615, col. 3, note 7, D. P., 1907. 4. 152.

(4) Rapport de M. Poirrier, *J. off.* du 2 oct. 1907, Sénat, *Doc. parl.*, 1907, sess. extr., annexe n. 117, p. 75.

(5) Discours de M. Viviani, ministre du travail, Sénat, séance du 11 juin 1907, *Journ. off.*, 12 juin 1907, *Déb. parl.*, p. 739.

(6) *Exposé des motifs, J. off.* du 28 mars 1901, Ch. des dép., *Doc. parl.*, 1901, sess. ord., annexe n. 2273, p. 215.

lité en établissant que l'accident a été causé par la force majeure ou par une faute de la victime. La responsabilité reposant sur l'idée de risque, disaient-ils, doit être forfaitaire, comme dans la loi de 1898. Il faut que le propriétaire, légalement responsable du préjudice causé par sa machine, connaisse d'avance l'indemnité qu'il pourra avoir à payer. Or, en notre matière, faute de toute base de calcul, il est impossible de fixer à forfait les dommages-intérêts.

Mais, de ce que, dans la loi sur les accidents du travail, la responsabilité fondée sur l'idée de risque est accompagnée de l'évaluation forfaitaire des dommages-intérêts, il ne s'ensuit point qu'il existe un lien entre elles et qu'on ne puisse jamais admettre la première sans admettre aussi la seconde. Les ouvriers participant, sous forme de salaires, aux bénéfices de l'industrie, il était juste de leur faire supporter leur part des frais généraux relatifs aux risques des accidents qui seraient la conséquence de cette industrie. Or un pareil raisonnement ne saurait être fait en ce qui regarde les victimes des accidents d'automobiles (1).

Le projet ne vise que l'automobile « circulant sur la voie publique ». Il n'est donc pas applicable aux accidents causés par des automobiles dans une enceinte privée, sur une piste d'autodrome ou dans un cirque (2).

Il résulte des termes absolus de l'art. 1er que la victime de l'accident peut toujours agir contre le *propriétaire* du véhicule, par conséquent même quand l'accident a été causé par un tiers. Mais, dans cette hypothèse, l'art. 2 reconnaît au propriétaire un droit de recours : « Dans le cas où des tiers seraient auteurs responsables de l'accident ou du dommage, le propriétaire peut exercer son recours contre eux conformément aux règles du droit commun. Si l'accident ou le dommage est survenu durant que la voiture automobile était occupée par un locataire, le propriétaire peut exercer un recours contre ce dernier, dans les conditions de l'art. 1er, dans le cas où le locataire conduisait lui-même ou faisait

(1) Même rapport, p. 234.
(2) V. même rapport, p. 288.

conduire par son préposé ». L'occupant ne devient donc responsable, dans ses rapports avec le propriétaire, que s'il avait pris la direction du véhicule; mais, quand il en est ainsi, sa responsabilité, comme celle du propriétaire, a pour fondement le risque et non pas la faute (1).

Aux termes de l'art. 7 : « Les articles précédents ne sont pas applicables aux accidents et dommages résultant de rencontres entre véhicules automobiles. La responsabilité relative à ces accidents et dommages est encourue conformément aux règles du droit commun ». Il n'y a, en effet, dans cette hypothèse, aucune raison pour traiter l'une des parties plus favorablement que l'autre. Le droit commun s'appliquera aussi aux accidents occasionnés par une automobile hors de la voie publique (2).

Nous ne saurions analyser tout le projet, qui ne contient pas moins de dix articles (3). Nous renvoyons au remarquable rapport de notre distingué collègue M. Ambroise Colin (4) et à la discussion si intéressante et si complète qui a suivi la lecture de ce rapport (5).

(1) V. même rapport, p. 290-291.

(2) Rapport de M. Ambroise Colin, p. 296 *in fine* et p. 297.

(3) Il organise un fonds spécial de garantie (art. 3 à 5) et règle la question de responsabilité pénale (art. 8). — En ce qui regarde ce dernier côté du sujet, voir la loi du 17 juillet 1908, *établissant, en cas d'accident, la responsabilité des conducteurs de véhicules de tout ordre. J. off.*, 20 juillet 1908, D. P., 1908. 4. 68. Cette loi crée un délit spécial, le *délit de fuite*.

(4) Il est reproduit intégralement dans le même bull., même vol., p. 274-299.

(5) V. même bull., même vol., p. 299-305, p. 357-420. — On trouvera, en outre, dans ce volume et dans le suivant, plusieurs documents et études, notamment de droit étranger, relatifs à notre question et d'un grand intérêt, à savoir : dans l'année 1907, *Proposition de loi relative à la responsabilite des propriétaires et conducteurs d'automobiles, déposée au Sénat de Belgique par MM. Magnette, Prosper Hanrez, Flechet et Keesen*, p. 307-315; *Statistique des accidents causés par des véhicules divers, de 1902 à 1906, dans le département de la Seine*, p. 316-317; *Proposition de loi de MM. Besnard et Dauthy, présentée à la Chambre des Députés, le 5 décembre 1906*, p. 318; *Proposition de loi de M. Chastenet, déposée à la Chambre des Députés le 2 juillet 1906, ibid.; Une statistique officielle des accidents d'automobiles en Allemagne*, par M. Antoine Scheikevitch, p. 433-437; *Quelques documents récents concernant la réglementation proposée de la responsabilité civile des accidents d'automobile dans les pays de langue allemande*, par Louis Hugueney, p. 603-617; *Une campagne d'opinion sur la question de l'automobile*, p. 628-634. — Dans l'année 1908 : *Proposition de loi sur la compétence des tribunaux en matière d'accidents d'automobile*, présentée par

Nous signalerons toutefois la disposition de l'art. 9 : « La législation sur la responsabilité des accidents du travail est étendue aux accidents survenus aux serviteurs à gages employés à la conduite, à la garde ou à l'entretien des véhicules automobiles ». Il est facile de justifier cette disposition : « Nous avons considéré, dit le rapporteur, qu'il y avait des raisons toutes particulières de réaliser cette innovation au profit des chauffeurs, qui, par suite de l'objet et des conditions de leur travail, se rapprochent à tant d'égards des ouvriers de l'industrie » (1).

M. René Besnard, député, p. 176-177; *L'automobile devant les assemblées parlementaires allemandes*, par M. Antoine Scheikevitch, p. 179-188, p. 277-283; *La question de l'automobilisme en Belgique* (Texte proposé par la commission de Justice), p. 284-287. — Plusieurs études intéressantes ont paru dans d'autres périodiques. V. Ambroise Colin, *Les solutions juridiques des problèmes de l'automobilisme, Université de Paris*, décembre 1903, et *L'accident d'automobile et la loi, Rev. polit. et parlem.*, 15e année (1908), t. LV, p. 120-147; Dupuich, *L'accident d'automobile et la loi*, même rev., même vol., p. 309-324; Wahl, *De la responsabilité civile relative aux accidents d'automobile, Rev. trim. de dr. civ.*, 7e année (1908), p. 5-48. — *Adde*, Frédéric Martin, *La responsabilité civile résultant des accidents d'automobiles*, Bâle, 1907.

(1) Même bull., même vol., p. 298.

FIN DU TOME QUATRIÈME

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME IV

(Nos) Pages

§ II. *De l'acte sous seing privé.*

2259. Critique de cette rubrique 1

I. *Des actes sous seing privé.*

2260. Définition 1

A. Des conditions de forme exigées pour les actes sous seing privé.

N° 1. *Des conditions de forme communes à tous les actes sous seing privé.*

2261. Nécessité de la signature 1
2262. Place de la signature 2
2262 1. Quand l'acte constate une convention synallagmatique, il n'est pas nécessaire que toutes les signatures soient apposées simultanément 3
2263. Des blancs-seings 3
2264. La signature est la seule condition de forme qui soit exigée . . . 4
2265. Emploi d'une langue étrangère, d'un langage conventionnel, d'une langue morte, d'un idiome local 4
2266. *Quid* des formes prescrites par la loi de ventôse? 5
2267. De la date 6
2268. *Quid* de la lecture de l'acte? 7
2269. Les formalités du timbre et de l'enregistrement ne sont pas exigées pour la validité de l'acte 7

N° 2. *Des conditions de forme particulières à certains actes sous seing privé.*

2270. Des formalités exceptionnelles sont prescrites pour deux catégories d'actes sous seing privé 8

a. Des formes spéciales aux actes sous seing privé destinés à constater des conventions synallagmatiques.

2271. Notion générale 8
2272. Historique; critique de l'art. 1325; législations étrangères 9

1° A quels actes s'applique l'art. 1325.

2273. Il s'applique à tous les actes sous seing privé constatant des conventions synallagmatiques 13
2274. *Secus* s'il s'agit d'un contrat unilatéral et même d'un contrat *dit* synallagmatique imparfait 13

(Nos) Pages
2275. Détermination de la portée de l'art. 1325. 14
2276. 1° Il s'applique toutes les fois que la convention produit des engagements réciproques 15
2277. 2° Il est inapplicable toutes les fois qu'une seule partie se trouve obligée au moment de la rédaction 16
2278. Des cas où l'objet du contrat bilatéral constaté par l'acte n'excède pas 150 fr. 17
2279. *Quid* s'il s'agit de conventions synallagmatiques constituant des actes de commerce par rapport à toutes les parties ? 17
2279 I. *Quid* s'il s'agit de conventions synallagmatiques ne constituant des actes de commerce que par rapport à certaines des parties ? 18
2279 II. Des cas où, pour les contrats commerciaux, la loi exige la rédaction d'un écrit 18

2° En quoi consistent les formalités requises par l'art. 1325.

a. Pluralité d'originaux.

2280. Il faut autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct 19
2281. Motif de cette formalité 20
2282. Des cas où il y a *intérêt distinct* 21

b. Mention du nombre des originaux.

2283. But de cette mention 23
2284. Elle doit figurer sur chaque original 23
2285. *Quid* si elle porte simplement que, l'acte a été dressé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ? . . 24
2286. *Quid* si elle est mensongère ? 25
2287. Les actes sous seing privé dont il s'agit ne sont soumis à aucune condition de forme particulière 25

3° Conséquences de l'inobservation des formalités de l'art. 1325.

2288. La nullité n'atteint que l'écrit 26
2289. Conséquences 27
2290. L'acte irrégulier peut-il servir de commencement de preuve par écrit ? 28
2291. La seconde formalité est, aussi bien que la première, exigée à peine de nullité 30
2292. L'irrégularité est-elle réparée quand tous les originaux sont représentés ? 31
2293. Elle ne peut pas être opposée par la partie qui a exécuté la convention 32
2294. Il en est ainsi même quand l'acte a été rédigé en simple 32
2295. De l'exécution unilatérale 33
2296. De l'exécution simplement partielle 34
2297. Il ne faut tenir compte que des faits d'exécution postérieurs à la rédaction 34
2298. Dépôt de l'original unique entre les mains d'un notaire ou d'un simple particulier 34

(Nos) Pages

2299. La notification de l'acte faite par l'une des parties à l'autre peut-elle réparer l'irrégularité ? 35
2300. La nullité ne peut être proposée que par les parties 36
2301. Les conventions synallagmatiques peuvent-elles être prouvées par la correspondance ? 36

b. Des actes sous seing privé destinés à constater certaines conventions unilatérales.

2302. Idée générale. Motif. Historique 38

1° En quoi consistent les formalités de l'art. 1326.

2303. Formalité du *bon pour* 40
2304. Du cas où le débiteur écrit l'acte tout entier. 41
2305. Il suffit que le *bon pour* énonce la somme principale 41
2306. Les mots *bon pour* ou *approuvé* ne sont pas sacramentels 41
2307. De la place du *bon pour* ou *approuvé* 42
2308. *Quid* s'il est écrit en une autre langue et en d'autres caractères que ceux du billet ? 42
2308₁. *Quid* si la mention du *bon pour* et de la somme ont été indiquées au crayon par un tiers ? 42

2° Dans quels cas les formalités de l'art. 1326 sont exigées.

a. A quelles obligations s'applique ce texte.

2309. Notion générale 42
2310. Il faut d'abord qu'il s'agisse de conventions unilatérales. 43
2311. Du cas où les parties présentent un contrat unilatéral sous forme de contrat synallagmatique 44
2312. Il faut de plus que la convention ait pour objet une somme d'argent ou une chose appréciable. 45
2313. *Quid* si la somme ou la quantité est indéterminée ? 46
2314. Du cas où il s'agit d'une obligation de faire ou de ne pas faire . . 47
2315. Ces deux conditions sont les seules qui soient requises. Conséquences. 47
2316. L'art. 1326 ne concerne pas les quittances 50

b. A quelles personnes s'applique ce texte.

2317. Le principe 50
2318. Exception relative aux marchands. Motif. 51
2319. La dispense est-elle attachée à la qualité de marchand ? 52
2320. *Quid* pour les opérations commerciales faites par des non-commerçants ? 53
2321. L'art. 1326 est étranger à la lettre de change 53
2322. ....au billet à ordre. 55
2323. ...à l'endossement 56
2324. ...à l'aval 56
2325. Exception relative aux *artisans, laboureurs,* etc. 57
2326. Il faut se référer à l'époque de la rédaction. 60
2327. L'énumération de l'art. 1326 est limitative. 60
2328. *Quid* des femmes des commerçants, artisans, etc. ? 61

(N°s) Pages

2329. Quid quand, parmi les souscripteurs d'un même billet, certains seulement exercent l'une des professions visées par l'art. 1326? 62

3° Conséquences de l'inaccomplissement de la formalité du *bon pour*.

2330. Infirmation de la force probante. 63
2331. Mais l'acte irrégulier peut constituer un commencement de preuve par écrit 63
2332. L'irrégularité peut être couverte par l'exécution volontaire. . . . 65
2333. La prescription décennale est inapplicable 66
2334. Du cas où il n'y a pas conformité entre le corps de l'acte et le *bon pour*. 66
2335. Le créancier peut prouver que l'obligation est de la somme la plus forte 68

B. De la force probante de l'acte sous seing privé.

2336. Principe posé dans l'art. 1322. 69

N° 1. *Force probante de l'acte sous seing privé considéré en lui-même.*

2337. Cet acte ne fait pas par lui-même foi de sa vérité 69
2338. De la reconnaissance ou de la vérification en justice de la signature et de l'écriture 69
2339. La loi attache à l'acte sous seing privé une présomption de vérité provisoire. 70
2340. La dénégation du signataire apparent ôte toute valeur à l'acte . . 71
2341. De la vérification de l'écriture ou de la signature 71

N° 2. *De la force probante du contenu de l'acte sous seing privé.*

2342. Distinction entre la réalité matérielle et la sincérité morale des déclarations portées dans l'acte 73
2343. Conséquences au point de vue de la date. 74
2344. Des déclarations purement énonciatives 74
2345. L'acte sous seing privé reconnu fait preuve même à l'égard des tiers 75
2346. Exception relative à la date 76

a. Des personnes à l'égard desquelles la loi exige la certitude de la date.

2347. Cette certitude est exigée à l'égard des tiers. 77
2348. Ici il ne s'agit pas des tiers *penitus extranei* 77
2349. ... ni des parties contractantes 78
2350. Cependant celles-ci peuvent avoir, par exception, intérêt à contester la vérité de la date 78
2351. Des actes sous seing privé souscrits par un mandataire 80
2352. Distinction des ayants cause à titre universel et des ayants cause à titre particulier. 81
2353. En principe l'art. 1328 est étranger aux ayants cause à titre universel 83
2354. Du cas où les héritiers agissent en vertu d'un droit qui leur appartient de leur chef. 84
2355. L'art. 1328 concerne les ayants cause à titre particulier. 85

(Nos) Pages
2356. Applications de ce principe 88
2357. Questions spéciales relatives à l'action paulienne et à la prescription de 10 à 20 ans 89
2358. Du cas où les créanciers agissent en vertu de l'art. 1166 89
2359. Du cas où les créanciers font valoir un droit propre 90
2360. 1° Du cas où ils agissent contre le débiteur. 90
2361. 2° Du cas où il y a conflit entre eux. 93
2362. Définition du mot *tiers* dans l'art. 1328. 94

b. Des circonstances par lesquelles un acte sous seing privé obtient date certaine.

2363. 1° De l'enregistrement. 95
2364. 2° Décès de l'un des signataires. 95
2364 I. Décès d'un non signataire qui a écrit l'acte 96
2365. 3° Relation de la *substance* de l'acte sous seing privé dans un acte authentique 96
2366. Exemples d'actes authentiques pouvant constater cette substance. 97
2367. *Quid* si un acte sous seing privé constate la substance d'un autre acte de même nature? 98
2368. La date ne devient pas certaine avec effet rétroactif. 98
2369. L'art. 1328 est limitatif. 98
2370. *Quid* de la preuve testimoniale? 101
2371. Applications que la loi fait de l'art. 1328 : α. En matière de communauté. 101
2372. β. En matière de gage. 102

c. Des cas où les tiers ne peuvent pas opposer le défaut de date certaine.

2373. Cas admis en général. 103
2374. *Quid* lorsque celui à qui on oppose l'acte sous seing privé le connaissait au moment où il a contracté ? 103
2375. Des conventions dont l'objet est inférieur à 150 fr. 104
2376. L'art. 1328 concerne les actes unilatéraux 104
2377. Il est inapplicable aux opérations commerciales 104
2378. *Quid* des quittances ? 105
2379. *Quid* des lettres missives? 107
2380. L'art. 1328 ne s'applique pas en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. 108
2381. *Quid* relativement aux actes authentiques nuls comme tels? . . . 109

d. Des cas où la certitude de la date ne détermine pas la préférence.

2382. Effet produit par la transcription. 109
2383. Application de la règle *En fait de meubles* 110
2384. *Quid* lorsque deux actes sous seing privé, concédant sur la même chose à deux personnes différentes des droits incompatibles, ont acquis date certaine le même jour?. 110

APPENDICE A L'ÉTUDE DES ACTES AUTHENTIQUES ET DES ACTES SOUS SEING PRIVÉ

DES CONTRE-LETTRES

2385. Définition. 111

(Nos) Pages
2386. Historique. 112
2387. Division du sujet. 115

A. Eléments essentiels de la contre-lettre.

N° 1. *La contre-lettre a pour objet de constater la simulation d'un acte ostensible.*

2388. Sens de cette proposition. 115
2389. De la *déclaration de command* 116
2390. Du *prête-nom*. 116

N° 2. *La contre-lettre n'exprime pas une convention nouvelle.*

2391. Explication de ce principe. 117
2392. Pouvoir d'appréciation des juges. 117

B. De la forme des contre-lettres.

2393. Les contre-lettres peuvent être faites dans la forme authentique. 118
2394. La certitude de leur date ne les rend pas opposables aux tiers. . 118
2395. Les art. 1325 et 1326 leur sont applicables. 119
2396. L'acte ostensible peut être sous seing privé. 119
2397. Il suffit qu'il y ait entre l'acte ostensible et la contre-lettre simultanéité *intellectuelle*. 119
2398. *Quid* des déclarations verbales contredisant un acte ostensible ? 119
2399. Définition de la contre-lettre 120

C. Effets de la contre-lettre.

N° 1. *Elles ont effet entre les parties contractantes.*

2400. Justification de ce principe. Applications. 120
2401. Mais il faut pour cela qu'elles réunissent toutes les conditions requises pour la validité des conventions. 121
2402. Des contre-lettres dans les cessions d'offices. 121
2403. Des contre-lettres relatives à la dot de la future dans les mariages d'officiers de terre ou de mer. 123
2404. Abaissement fictif du prix dans un acte ostensible de vente ou de bail. 124
2405. Les contre-lettres ont effet entre les parties notamment dans les matières commerciales 125

N° 2. *Les contres-lettres ont-elles effet à l'égard des tiers ?*

a. Elles n'ont pas d'effet contre eux.

2406. Sens de cette proposition. Définition de l'expression *tiers*. . . . 126
2407. Sont des tiers les ayants-cause à titre particulier. 126
2408. Influence de la transcription et de la règle *En fait de meubles*. 127
2409. Sont aussi des tiers les créanciers chirographaires. 128
2410. Ne sont pas des tiers les héritiers légitimes, successeurs irréguliers, etc. 130
2411. Du cas où les tiers connaissaient la contre-lettre 130
2412. De la transcription d'une contre-lettre déclarant fictive une transmission de propriété immobilière : 1° *Quid* si l'art. 1321 est invoqué par un tiers acquéreur? 131

(Nos) Pages
2413. 2° *Quid* si cet article est invoqué par un créancier chirographaire du vendeur? 134
2414. *Quid* si le vendeur apparent oppose la contre-lettre à un tiers qui a traité avec l'acheteur apparent 134
2415. La contre-lettre qui constate le caractère simulé d'une cession de créance, peut-elle, si elle a été l'objet de l'une des formalités prescrites par l'art. 1690, être opposée au tiers à qui le cessionnaire apparent a lui-même cédé la créance? 135
2416. Les tiers qui invoquent l'art. 1321 *in fine* n'ont pas de preuve à faire. 136

b. Les tiers peuvent se prévaloir des contre-lettres.

2417. Motifs de ce principe. Applications diverses. 137
2418. Application en matière d'enregistrement. 138

II. *Des écritures qui n'ont pas le caractère d'actes.*

2419. Enumération. Caractères généraux. 138

A. Des livres de commerce.

2420. Livres auxquels la loi attribue la force probante 139
2421. Le Code civil ne vise que les procès entre un commerçant et un non-commerçant. 139

N° 1. *Ces livres n'ont pas force probante contre les non-commerçants.*

2422. Motif et portée de ce principe. 139
2423. Le juge peut déférer le serment supplétoire quant aux fournitures faites par un commerçant à un non-commerçant 141
2424. Il n'a cette faculté que pour les fournitures 142
2425. Les livres de commerce ne forment pas un commencement de preuve au profit du commerçant 143
2426. Un non-commerçant peut renoncer au bénéfice de l'art. 1329 . . 143

N° 2. *Force probante de ces livres contre les commerçants.*

2427. Les énonciations portées sur les livres font preuve complète contre ceux qui les ont tenus. 144
2428. ... alors même qu'elles ont été écrites par une autre personne. 145
2429. Cette règle s'applique même quand l'obligation a une cause civile 145
2430. Mais les énonciations ne peuvent pas être divisées 145
2431. *Représentation* et *communication* des livres de commerce . . . 146

B. Des registres et papiers domestiques.

2432. Définition. 149

N° 1. *Ils ne forment pas un titre pour leur auteur.*

2433. Motif et portée de ce principe 149
2434. On peut renoncer à se prévaloir de cette disposition 150

(Nos) Pages

N° 2. *Force probante de ces documents contre celui qui les a écrits.*

2435. Distinction faite par la loi 150
2436. α. Mention établissant la libération de celui qui invoque le titre. 151
2437. Du cas où la mention d'un paiement est biffée ou raturée. 151
2438. Le créancier peut-il, pour établir l'interruption de la prescription, invoquer les mentions de paiements d'acomptes, d'intérêts ou d'arrérages? 151
2439. β. Mention constatant l'existence d'une obligation à la charge de celui qui a tenu les registres ou papiers 152
2440. Reconnaissance de dette figurant sur un registre domestique et simplement signée par celui qui l'a écrite 153
2441. L'annotation qui ne porte pas qu'elle a été faite pour servir de titre peut former commencement de preuve par écrit. 154
2442. *Quid* si une mention constatant l'existence d'une obligation a été biffée ou cancellée! 154
2443. Il faut, dans les deux cas de l'art. 1331, que les registres ou papiers aient été écrits par celui à qui on les oppose. 154
2444. La preuve contraire est admise. 155
2445. Les mentions dont il s'agit ne sauraient être divisées. 156
2446. Les feuilles volantes peuvent-elles constituer des papiers domestiques? 156
2447. La représentation des registres et papiers domestiques peut-elle être ordonnée?. 159

III. *Mentions écrites sur un titre et constatant soit la libération, soit une nouvelle obligation.*

2448. Notion générale 161

A. Mentions libératoires.

N° 1. *Du cas où le titre appartient au créancier.*

2449. La mention fait preuve en faveur du débiteur. Exemples. 162
2450. A quelles conditions 162
2451. Le titre actuellement en la possession du créancier est présumé y être toujours resté. 164

N° 2. *Du cas où le titre appartient au débiteur.*

2452. Les mentions libératoires ont force probante. Conditions requises. 165
2453. *Quid* si la quittance sur laquelle a été ajoutée une mention libératoire se trouve entre les mains du créancier?. 166
2454. *Quid* si le double revêtu de la mention libératoire se trouve entre les mains d'un tiers?. 166
2455. *Quid* si les mentions libératoires visées par l'art. 1332 ont été barrées ou biffées?. 166
2456. On peut prouver contre et outre la teneur des mentions libératoires 167

B. Des mentions constatant une nouvelle obligation.

2457. Distinction faite par Boiceau et Pothier 168
2458. *Quid* si le créancier mentionnait sur le titre une obligation à sa propre charge?. 169

(Nos) Pages

APPENDICE A L'ÉTUDE DES ÉCRITURES PRIVÉES

DES LETTRES MISSIVES ET DES TÉLÉGRAMMES.

2459. Considérations générales 170

A. Des lettres missives.

N° 1. *De la production des lettres missives en justice.*

2460. Le destinataire d'une lettre en est propriétaire; mais son droit de la produire en justice n'est pas absolu 170

a. Quel est le droit du destinataire?

1° Production en justice par le destinataire contre l'auteur de la lettre.

2461. En principe le destinataire peut invoquer la lettre contre son auteur. 172

2° Production en justice par le destinataire contre un tiers.

2462. Distinction suivant que la lettre est confidentielle ou non. 174

b. A quelles conditions les tiers peuvent se prévaloir des lettres missives.

2463. Il faut l'autorisation du destinataire 174
2464. ... sauf quand la lettre est commune au tiers qui prétend en faire usage 175
2465. Quand la lettre est confidentielle, il faut en outre le consentement de l'auteur. 176
2465 I. De la renonciation à l'exception tirée de la nature confidentielle de la lettre 177
2466. Pouvoir d'appréciation des juges quant au caractère confidentiel. 178
2467. Des cas où le droit de propriété du destinataire ou le principe de l'inviolabilité du secret des correspondances privées ne fait pas obstacle à ce que les lettres soient produites par des tiers. 179

N° 2. *Formes des lettres missives.*

2468. Aucune condition de forme n'est requise 183
2469. Toutefois l'art. 1326 est applicable. *Quid* de l'art. 1325? Renvoi. 183

N° 3. *Force probante des lettres missives.*

2470. Des lettres non signées ou portant simplement un prénom, un sobriquet, etc. 184
2471. Des lettres portant l'empreinte d'une griffe et écrites par un tiers. 184
2472. Des lettres signées par l'expéditeur 184
2473. De la certitude de la date 186
2474. Force probante du *post-scriptum* 186

B. Des télégrammes.

2475. Au point de vue de la force probante, ils ne sauraient être assimilés aux lettres missives. 187

(Nos) Pages
2476. Envisagés en eux-mêmes, ils sont dépourvus d'autorité 187
2477. *Quid* de la copie des télégrammes sur le registre de départ? . . . 188

§ III. *Des tailles.*

2478. Notions générales 188
2479. Condition de la force probante des tailles. 190
2480. Du cas où le consommateur prétend avoir perdu l'échantillon . . 190
2481. Du cas où le consommateur soutient qu'il n'a jamais eu d'échantillon 191
2482. *Quid* si le fournisseur a volontairement remis la taille au consommateur? 191
2483. Lorsque la taille est demeurée entre les mains du fournisseur et que l'échantillon se retrouve en la possession du consommateur, celui-ci peut-il opposer la prescription de six mois ou d'un an? 191
2484. Au cas de faillite du consommateur, la taille fait-elle foi contre les tiers? 192
2485. En matière pénale, les tailles ne sauraient être assimilées à l'écriture 192

§ IV. *Des copies de titres.*

2486. Le Code ne s'occupe que des copies des titres authentiques. . . . 193

I. *Copies d'actes authentiques dont les originaux existent.*

2487. Elles n'ont par elles-mêmes aucune force probante 193
2488. Qui doit prouver que le titre original ne subsiste plus?. 194
2488 I. Du cas où l'original est entre les mains d'un officier public étranger. 195
2489. L'art. 1334 est-il applicable aux actes de l'état civil? 195

II. *Copies d'actes authentiques dont les originaux n'existent plus.*

A. Copies qui font la même foi que l'original.

2490. Distinction de trois classes de copies : 195
2491. α. Grosses ou premières expéditions. 195
2491 I. β. Copies tirées par l'autorité du magistrat ou en présence des parties et de leur consentement. 197
2491 II. γ. Copies anciennes en cas de perte de l'original 198

B. Copies qui ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

2492. α. Copies ayant moins de trente ans 198
2492 I. β. Copies qui n'ont été tirées ni par le notaire qui a reçu l'acte, ni par un autre officier public dépositaire des minutes 199

C. Copies ne pouvant servir que de simples renseignements.

2493. Copies des copies. 199
2494. Exceptions. α. Transcriptions sur les registres publics 200

(Nos) Pages
2495. L'art. 1336 n'est applicable ni à la transcription des actes sous seing privé 201
2496. ... ni à l'enregistrement 201
2497. β. Exception résultant de l'art. 844 C. pr. civ. 202
2498. Des reproductions photographiques des actes 202

§ V. *Des actes récognitifs et confirmatifs.*

2499. Critique de la loi 202

I. *Notions générales.*

2500. Définition. 203
2501. L'acte récognitif est la reproduction d'un acte antérieur 204
2502. Des additions ou changements contenus dans l'acte récognitif . . 204

II. *Force probante de l'acte récognitif.*

2503. Distinction de deux espèces d'actes récognitifs de droits personnels 205

A. Actes récognitifs dans lesquels la teneur du titre primordial est relatée.

2504. Quel est ici le sens de l'expression *teneur* 205
2504 bis. Pour que l'acte récognitif équipolle à l'acte primordial, il faut que celui-ci soit perdu. 206
2505. Des actes portant reconnaissance de droits réels. 207

B. Actes récognitifs où la teneur de l'acte primitif n'est pas relatée.

2506. Ils ne prouvent pas par eux-mêmes l'existence de l'obligation . . 207
2507. A quoi servent ces actes ? 208
2508. Du cas où, par exception, le créancier est dispensé de reproduire le texte primordial 208
2509. En matière de commerce l'art. 1337 est inapplicable. 209

C. Formes des actes récognitifs. Capacité nécessaire pour les passer.

2510. Les actes récognitifs sont assujettis aux formes ordinaires 210
2511. Pour passer un acte récognitif, il faut avoir la capacité de s'obliger. 210

SECTION II

DE LA PREUVE TESTIMONIALE

2512. Notions générales 210
2513. Division du sujet : deux grandes questions à étudier 210
2514. Double principe formulé dans l'art. 1341 211

§ I. *Des cas dans lesquels la preuve testimoniale n'est pas admise.*

I. *Premier principe : Interdiction de la preuve testimoniale quand l'intérêt excède 150 francs.*

2515. Il doit être passé acte de tout fait juridique dont l'objet excède 150 francs. 212

(Nos) Pages

A. Origine du principe.

2516. Historique 213

B. Motifs du principe.

2517. Le législateur a obéi à un double mobile. 214
2518. Les motifs du principe ont un caractère d'ordre public 214

C. Portée du principe.

2519. Limitations. 216

N° 1. *Limitation tenant à la nature du fait à prouver.*

2520. L'obligation de rédiger un écrit ne s'applique qu'aux actes juridiques. 216
2521. *Quid* des faits complexes qui présentent un élément matériel et un élément juridique ? 217
2522. Le principe comprend *tous* les actes juridiques 218
2523. Pourquoi l'art. 1341 prévoit-il le cas du dépôt volontaire ? 219
2524. Du prêt à usage. 219

N° 2. *Limitation relative à la valeur pécuniaire de la chose, objet du fait juridique.*

a. A quel chiffre doit s'élever la valeur pour que la rédaction d'un écrit soit nécessaire.

2525. La rédaction d'un écrit n'est exigée que si la valeur excède 150 francs. 220
2526. *Quid* s'il faut procéder à une évaluation ? 220
2527. *Quid* si, dans ses conclusions, le demandeur a fixé la valeur ? . . 221
2528. Contrats où la preuve testimoniale n'est jamais reçue. 221

b. Des règles qu'il faut suivre pour déterminer la valeur de 150 fr.

2529. Position de la question. 222
2530. 1° Il faut se placer au moment où le fait juridique a été accompli. 222
2531. La preuve testimoniale est admissible si, à ce moment, la valeur n'excède pas 150 fr. 223
2532. α. Conséquence écrite dans l'art. 1344 224
2533. Sens de ces mots « ou faire partie ». 225
2534. Portée de ces expressions : « Lorsque cette somme *a été déclarée* ». 225
2535. Explication des mots « qui n'est point prouvée par écrit » 226
2536. β. Conséquence écrite dans l'art. 1343. 226
2537. *Quid* si l'aveu dont il s'agit était rétracté? 226
2538. L'art. 1343 suppose une demande formée par un acte judiciaire . 227
2539. Mais il s'applique dès que la demande est formée par un acte de cette nature. 227
2540. 2° Pour calculer la valeur, il faut tenir compte des prestations accessoires 227
2541. Application de ce principe contenue dans l'art. 1312. 228
2542. *Quid* des bénéfices espérés d'une société? 228
2543. Les intérêts moratoires n'entrent pas en ligne de compte 229
2544. *Quid* de la clause pénale? 229
2545. 3° La valeur du fait contesté doit être appréciée eu égard à l'in-

(Nos) Pages

térêt juridique qu'il présente pour la partie qui invoque la preuve testimoniale 230

D. Règles complémentaires du principe.

2546. Le législateur en pose deux 230

N° 1. *Du cas où, dans la même instance, plusieurs demandes, dont il n'y a point de titre par écrit et qui sont formées par la même partie, excèdent ensemble 150 fr.*

2547. Portée de la disposition de l'art. 1345. 230
2548. Justification de cette disposition 231
2549. α. L'art. 1345 cesse de s'appliquer lorsque les droits réclamés procèdent de personnes différentes et ont été réunis sur la même tête par succession, donation ou autrement. 232
2550. β. L'addition de la valeur des droits réclamés ne doit pas comprendre ceux qui sont justifiés par écrit. 233
2551. ... ni ceux qu'il était impossible de constater par écrit 233

N° 2. *Nécessité de former par un même exploit toutes les demandes non entièrement justifiées par écrit.*

2552. Déchéance prononcée par l'art. 1346 233
2553. Double motif de cette déchéance 234
2554. L'art. 1346 est applicable : α. Au cas où le montant cumulé des demandes est inférieur à 150 fr. 235
2555. β. Au cas où elles proviennent de différentes personnes 235
2556. γ. Aux demandes dont on peut faire la preuve par témoins . . . 235
2557. δ. En matière commerciale 236
2558. L'art. 1346 ne s'applique pas aux droits nés depuis l'introduction de l'instance. 236
2559. ... ni aux créances non exigibles 237
2560. Les demandes omises sont non recevables. 237
2561. Il suffit que les diverses demandes soient formées dans la même instance. 238
2562. *Quid* lorsque les demandes doivent être portées devant des tribunaux différents ? 238

II. *Second principe : Interdiction de prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes.*

2563. Enoncé du principe 238

A. Origine et motifs du principe.

2564. Motifs. 239
2565. Origine 239
2565 bis. Est-ce une règle d'ordre public ? 240

B. Portée du principe.

2566. Il n'est permis de prouver par témoins : α. ni *contre* la teneur de l'acte ; — β. ni *outre* le contenu de l'acte 240
2567. γ. Il n'est reçu aucune preuve testimoniale sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes. 241

(Nos) Pages
2568. Cette règle ne s'applique pas aux faits juridiques postérieurs, qui, tout en ayant un rapport direct avec la convention, ne la modifient pas. 243
2569. Limitations apportées au second principe. 244
2570. Peut-on recourir à la preuve testimoniale pour interpréter les clauses obscures ou ambiguës ? 245
2571. ... pour prouver l'existence d'erreurs matérielles, d'erreurs de calcul ? 246
2572. ... pour déterminer le jour où a été dressé un acte sous signature privée non daté ? 246
2573. Le second principe s'applique alors même qu'il s'agit d'une valeur moindre de 150 fr. 248

§ II. *Des cas dans lesquels la preuve testimoniale est admise.*

2574. Distinction 248

I. *Des exceptions.*

A. Exception relative aux matières commerciales.

2575. Historique. Cette exception s'applique à tous les actes de commerce. 249
2576. Elle porte notamment sur le second principe. 250
2577. Dérogations à cette exception 251
2578. En matière commerciale, la preuve testimoniale est admissible même devant la juridiction civile 252
2579. Pouvoir d'appréciation des juges 252

B. Du commencement de preuve par écrit.

2580. Historique. Motif et portée de cette exception 253
2581. Définition du commencement de preuve par écrit 254

N° 1. *Conditions du commencement de preuve par écrit.*

a. Il faut un écrit.

2582. Des probabilités résultant des circonstances ne peuvent pas former un commencement de preuve. 255
2583. Il n'est pas nécessaire que l'écrit constitue un acte 256
2584. Exemples de commencement de preuve par écrit 256
2585. Il faut que le commencement de preuve soit représenté 257

b. De qui l'écrit doit émaner.

2586. Il doit émaner soit de celui à qui on l'oppose, soit de la personne qu'il représente ou de celle qui le représentait. 258

1° Ecrit émané de la personne à laquelle on l'oppose.

2587. Cela suppose soit l'écriture ou la signature de cette personne, soit l'authenticité. 260

α. Ecriture ou signature de cette personne.

2588. Quand il ne s'agit pas d'un acte authentique, cette écriture ou cette signature est indispensable 260

(Nos) Pages

2589. *Quid* si l'écriture ou si la signature est méconnue? Certitude de la date 261
2590. L'écriture suffit sans la signature 262
2590 I. Réciproquement la signature suffit 263
2590 II. Il n'en est pas de même d'un paraphe, d'une croix ou de toute autre marque 263
2590 III. Signature du créancier apposée sur le timbre mobile 264

β. Authenticité de l'écrit.

2591. La personnalité de l'écrit peut résulter de l'authenticité 264
2592. *Quid* des actes notariés que l'une des parties a refusé de signer? 265
2593. *Quid* lorsque des actes invoqués comme authentiques sont nuls soit à raison de l'incompétence ou de l'incapacité de l'officier qui les a reçus, soit par suite d'un vice de formes? 265
2594. Aveux consignés dans un procès-verbal de conciliation 267
2595. Réponses relatées dans un procès-verbal d'interrogatoire sur faits et articles 268
2596. Déclarations faites dans une comparution personnelle à l'audience 270
2596 I. *Quid* lorsque la comparution a eu lieu en chambre du conseil? . 271
2597. Interrogatoires devant un juge d'instruction 272
2597 I. *Quid* du refus de répondre? 273

γ. Du cas où la partie s'est approprié l'écrit qu'on lui oppose.

2598. Appropriation par une acceptation écrite 274
2598 I. L'appropriation peut-elle résulter d'une acceptation tacite? 274
2599. Un acte peut-il former un commencement de preuve contre le notaire qui l'a reçu? 276

2° Ecrit émané de l'auteur de la personne à laquelle on l'oppose.

2600. Un écrit est opposable aux héritiers et successeurs universels de celui de qui il émane 278
2601. Est-il opposable aux créanciers? Distinction 278

3° Ecrit émané du représentant de la personne à laquelle on l'oppose.

2602. Applications diverses 279
2603. On ne saurait opposer à une personne un écrit émané d'un tiers qui n'est ni son auteur ni son mandataire 281

c. L'écrit doit rendre vraisemblable le fait allégué.

2604. Il faut qu'il lui donne quelque apparence de vérité 282

1° Ecrits mentionnant le fait comme réalisé.

2605. Enumération d'écrits qui sont dans ce cas 283
2606. Des actes restés incomplets. Refus de signer 284
2607. L'acte constatant une convention ne rend pas vraisemblable l'exécution de celle-ci 284

(Nos) Pages

2° Ecrits qui, sans mentionner le fait allégué, contiennent des énonciations le rendant vraisemblable.

2608. Exemples d'écrits compris dans cette catégorie 285
2609. Ecrit mentionnant des faits qui se rattachent plus ou moins étroitement au fait allégué 286
2610. Commencement de preuve par écrit du mandat tacite donné aux notaires 287
2611. Il suffit que les énonciations de l'écrit fassent allusion au fait allégué 288
2612. Commencement de preuve résultant de l'absence de certaines énonciations 289
2613. Interrogatoires sur faits et articles, comparutions personnelles ; réponses embarrassées, contradictoires, etc., refus de répondre 290

C. Rôle de la cour de cassation dans la constatation des caractères du commencement de preuve par écrit.

2614. Distinction entre la question de droit et la question de fait. . . . 292

N° 2. *Sphère d'application de l'art. 1347.*

2615. Ce texte déroge aux deux règles posées dans l'art. 1341. 293
2616. L'art. 1347 est applicable quand le titre a été perdu. 294
2617. *Quid* des conventions qui ne peuvent pas être établies par témoins même au-dessous de 150 fr.? 294
2618. De la preuve des droits réels 295

II. *Cas non compris dans la règle.*

2619. Ce sont tous les cas où le défaut d'acte n'est pas imputable à la personne qui invoque la preuve testimoniale. 295

A. Impossibilité de se procurer une preuve littérale.

2620. Sur ce point le législateur pose un principe général 298
2621. L'impossibilité morale doit être prise en considération 299
2621 bis. Mais il faut qu'elle soit effective. 301
2622. La question de savoir si il y avait impossibilité est une question de fait. 302
2622 bis. Pour rejeter la preuve par témoins, les juges ne peuvent pas se borner à invoquer la première règle de l'art. 1341. 304

N° 1. *Cas prévus par l'art. 1348.*

a. Obligations nées de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits.

1° Obligations nées de quasi-contrats.

2623. Pourquoi peut-on les prouver par témoins?. 305
2624. α. Preuve des obligations nées de la gestion d'affaires 305
2625. β. *Quid* quant au paiement de l'indû? 306

2° Obligations nées de délits ou de quasi-délits.

2626. Des délits qui se rattachent à un contrat antérieur 307

(Nos) Pages

b. Dépôts nécessaires.

1° Dépôts nécessaires proprement dits.

2627. Motif et portée de la loi 309
2628. Des faits qu'il faut prouver 310

2° Dépôts d'hôtellerie.

2629. Motif et portée de la loi 311
2630. *Quid* des dépôts faits dans les restaurants, cafés, etc.? 312
2631. Preuve de la remise d'objets destinés à être transportés 313

3° Disposition commune aux dépôts nécessaires proprement dits et aux dépôts d'hôtellerie.

2632. Pouvoir d'appréciation des juges 314

c. Obligations contractées en cas d'accidents imprévus.

2633. Portée du 3° de l'art. 1348. 316

N° 2. *Cas non prévus par l'art. 1348.*

2634. Preuve de la violence, de l'erreur ou du dol. 317
2635. Preuve de la fraude en matière d'action paulienne; preuve de la simulation 317
2636. *Quid* lorsque c'est l'une des parties qui attaque un acte comme simulé? 319
2637. *Quid* relativement aux conventions faites dans les foires et marchés?. 320
2638. *Quid* quant à la preuve du paiement des gages des domestiques? 323
2639. De la preuve des contrats conclus par téléphone. 324

B. Perte du titre.

2640. Motif de la loi 325
2641. Preuves que le demandeur doit préalablement rapporter. 325
2642. Il doit prouver d'abord le cas fortuit 325
2643. Le fait d'un tiers constitue un cas fortuit. 326
2644. Du cas où la preuve du cas fortuit se confond avec celle de la perte du titre ou rend vraisemblable cette perte. 326
2645. Du cas où le demandeur prétend que son titre a été supprimé par suite d'un délit. 327
2646. *Quid* quand l'acte perdu était soumis à certaines formalités?. . . 328
2647. *Quid* quand le titre était un acte sous seing privé? 329
2648. Les témoins doivent-ils rapporter la teneur du fait juridique?. . 330
2649. L'art. 1348-4° est-il applicable aux billets de Banque?. 330
2650. Perte des titres au porteur. Renvoi 331
2651. Le 4° de l'art. 1348 peut être invoqué par le débiteur 331

APPENDICE A LA PREUVE TESTIMONIALE

DE LA PREUVE PAR LA COMMUNE RENOMMÉE

2651 I. Définition 332
2651 II. Des cas dans lesquels cette preuve est admise par les textes . . . 333

(Nos) Pages
2651 III. Peut-elle être étendue à d'autres cas ? 333
2651 IV. Les partisans de l'extension exigent du moins qu'il y ait une réelle analogie. 335
2651 V. *Quid* au cas d'inventaire inexact ou incomplet ? 335
2651 VI. Cette preuve n'est admissible qu'à défaut de toute autre 336
2651 VII. Elle ne rentre pas dans les présomptions de fait. 336
2651 VIII. D'après quelles formes doit-elle être reçue?. 337
2651 IX. Elle a effet à l'égard des tiers. 337

SECTION III

DES PRÉSOMPTIONS

2652. Définition. 338
2652 I. Division des présomptions. 339

§ I. *Des présomptions établies par la loi.*

I. *Définition.*

2653. Notions générales 339
2654. Exemples : 1° Actes déclarés nuls par la loi comme présumés faits en fraude de ses dispositions. 340
2655. 2° Cas où la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances. 341
2656. 3° Autorité attachée par la loi à la chose jugée. 341
2656 I. 4° Force attachée par la loi à l'aveu de la partie ou au serment. . 341
2657. L'énumération de l'art. 1350 n'est pas limitative. 341
2657 I. Des dispositions législatives ayant pour motifs des présomptions particulières, mais ne constituant pas des dispenses de preuve. 342

II. *Force probante des présomptions légales.*

2658. Ces présomptions sont des dispenses de preuve 342
2659. Justification que doivent faire ceux qui les invoquent. 343
2660. Jusqu'à quel degré font-elles preuve ? 343
2661. Comment la preuve contraire peut-elle être faite ?. 344
2662. Présomptions qui n'admettent pas la preuve contraire. 344
2663. Exceptions : *a*. Cas où la loi a réservé expressément la preuve contraire 345
2664. *b*. Preuve contraire résultant de l'aveu ou du serment litis-décisoire. 345

III. *De la présomption fondée sur l'autorité de la chose jugée.*

2665. Motifs et portée de la loi. 346

A. Des jugements auxquels s'attache l'autorité de la chose jugée.

2666. 1° Il faut que le jugement émane de la juridiction contentieuse. . 348
2667. L'autorité de la chose jugée est attachée à tout jugement rendu en matière contentieuse 349
2668. Notamment aux sentences arbitrales 349
2669. *Quid* quant aux jugements d'expédient ?. 350

(Nos) Pages
2669. Décisions rendues par un juge incompétent 350
2670. 2° Il faut que le jugement soit *définitif*. 351
2671. Mais peu importe qu'il puisse être l'objet d'un recours 352
2672. Le dispositif seul a force de chose jugée. 352
2673. ... et seulement quant aux points qui s'y trouvent *décidés* 354

B. Conditions de l'autorité de la chose jugée.

2674. Trois conditions sont nécessaires. 354

N° 1. *Identité d'objet.*

2675. Notion générale. Hypothèses où cette condition fait défaut. . . . 355
2676. Hypothèses où il y a identité d'objet 356
2677. Règle à suivre 357
2678. *Quid* quand un jugement a reconnu ou dénié une qualité simplement accidentelle ? 357

N° 2. *Identité de cause.*

2679. Notion générale. Hypothèses où il n'y a pas identité de cause . . 358
2680. Distinction de la cause d'une demande et des moyens invoqués à l'appui de celle-ci. 359
2681. *Quid* quand il s'agit d'actions en nullité ? 360
2682. *Suite.* Système de Bonnier et de Griolet. Critique. 362
2683. Les actions en nullité doivent être distinguées des actions en résolution ou en révocation. 363
2684. Quand un jugement a reconnu l'existence d'une dette, le débiteur peut-il prétendre qu'il a été libéré par une cause antérieure à la demande, mais dont il ignorait ou avait oublié l'existence ? 363
2685. L'identité de cause est requise notamment quant aux actions réelles 364

N° 3. *Identité des personnes.*

2686. Notion générale 365
2687. On ne doit considérer que l'identité *juridique*. 366
2688. Il faut : 1° que les parties aient personnellement figuré ou tout au moins aient été représentées dans la première instance. . 366
2689. α. Des ayants cause à titre universel. 366
2690. β. Des ayants cause à titre particulier. 367
2691. γ. Des créanciers chirographaires 368
2692. Des personnes qui ont été représentées par un mandataire. . . . 368
2693. 2° Que les parties procèdent en la même qualité. 369
2694. *Quid* quand une personne, après avoir figuré, dans un premier procès, en une qualité, figure, dans un second procès, en une autre qualité ? 370

§ II. *Des présomptions qui ne sont point établies par la loi.*

2695. Définition. 370
2696. 1° Le juge ne peut admettre ces présomptions que lorsque la loi admet la preuve testimoniale. 371

(Nos) Pages
2697. Les mots « à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol » sont inutiles et inexacts 372
2698. 2° Le juge ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes 373
2699. Le point de savoir si les présomptions présentent ces caractères est une question de fait 373

SECTION IV

DE L'AVEU DES PARTIES

2700. L'aveu est la preuve par excellence. 374

§ I. *Notion de l'aveu.*

2701. Définition. 375
2702. Cette preuve est admissible dans toutes les matières. 377
2703. De l'aveu extrajudiciaire 377
2704. De l'aveu judiciaire. α. Il est fait dans une instance. 378
2705. β. Il doit être fait dans l'instance où il est invoqué 380

§ II. *De la capacité en matière d'aveu.*

2706. Il faut en principe la capacité de disposer 380
2707. De l'aveu fait par le représentant légal d'un incapable, par un mandataire, par un avoué, un huissier, un avocat ou un agréé. 381

§ III. *De la force probante de l'aveu.*

I. *De l'aveu judiciaire.*

2708. Il fait preuve complète contre son auteur 383
2709. Exceptions 384
2710. Deux limitations 384

A. De l'indivisibilité de l'aveu judiciaire.

2711. Division du sujet. 385

N° 1. *Des cas où l'aveu est indivisible.*

2712. L'aveu est indivisible dans trois cas 385
2713. 1° De l'aveu pur et simple. 386
2714. 2° De l'aveu qualifié 386
2715. 3° De l'aveu complexe. Distinction : 387
2716. α. Du cas où le fait nouveau présuppose l'existence du fait principal. 388
2717. β. Du cas où le nouveau fait n'est pas connexe avec le fait principal 389

N° 2. *Portée du principe de l'indivisibilité de l'aveu.*

2718. Ce principe a pour but de maintenir les règles posées par l'art. 1315. 391
2719. Mais l'adversaire peut combattre les déclarations accessoires . . 391

(Nos) Pages
2720. Du cas où une déclaration accessoire est évidemment fausse. . . 392
2721. Aveu obscur ou ambigu 392
2722. Du cas où le fait reconnu est établi indépendamment de l'aveu. . 393

B. De la rétractation de l'aveu judiciaire.

2723. Elle est permise quand l'aveu a été la suite d'une erreur de fait. 393
2724. L'aveu peut-il être rétracté tant qu'il n'a pas été accepté ? 394

II. *De l'aveu extrajudiciaire.*

2725. Doit-il, au point de vue juridique, être assimilé à l'aveu judiciaire ? 395
2726. L'aveu extrajudiciaire purement oral ne peut pas être établi par témoins quand cette dernière preuve n'est pas admissible . . 398

SECTION V

DU SERMENT

2727. Définition. 399
2728. Du serment extrajudiciaire. Notions générales 400
2728 I. Du cas où la partie à laquelle ce serment a été déféré refuse de le prêter devant les personnes convenues 402
2729. Deux espèces de serment judiciaire 402

§ I. *Du serment décisoire.*

2730. Notions générales. 403

I. *De la délation du serment.*

A. Caractère juridique.

2731. α. C'est une offre de la part de celui qui le défère. 404
2731 I. β. C'est une offre de renonciation conditionnelle 405

B. Conditions de la validité de la délation.

2732. Enumération de ces conditions 405

N° 1. *Capacité des parties.*

2733. Il faut la capacité de transiger 405
2734. Conséquences 406

N° 2. *Objet de la contestation.*

2735. En principe le serment peut être déféré sur toute contestation. . 407
2735 I. Cas où il ne peut pas être déféré 408

N° 3. *Nature du fait sur lequel porte la délation.*

2736. Le serment ne peut être déféré que sur des *faits*. 409
2737. Caractères que doivent présenter les faits. 410
2738. α. Les faits doivent être *personnels* 410
2738 I. Du serment de *crédulité* 411

(Nos) Pages

2738 II. Ce serment ne peut-il être déféré que dans le cas de l'art. 2275 C. civ. et 189 C. com.? 412
2739. β. Ils doivent être *relevants* 413
2740. La décision qui statue sur ce dernier caractère peut-elle être déférée à la cour suprême? 414
2741. Tout fait qui satisfait à ces conditions peut être l'objet d'un serment décisoire 414
2742. Du serment déféré contre et outre le contenu aux actes authentiques. 415

N° 4. *Devant quelles juridictions et à quel moment la délation est-elle admise.*

2743. En principe le serment peut être déféré devant toutes les juridictions 416
2744. Il y a exception 1° pour la juridiction administrative 416
2745. ... 2° pour la juridiction criminelle 417

N° 5. *Du principe que le serment décisoire peut être déféré en tout état de cause.*

2746. Applications de ce principe 417
2747. Les juges sont-ils tenus d'ordonner la prestation du serment déféré par l'une des parties? 418
2747 I. Le juge peut-il se dispenser d'admettre le serment décisoire s'il le considère comme vexatoire? 420
2748. Le serment décisoire peut être déféré par des conclusions subsidiaires. 420
2748 I. Il peut être déféré même s'il n'y a pas de commencement de preuve 421

C. Effets de la délation.

2749. La délation du serment met l'adversaire dans les liens d'une obligation alternative 422

II. *De la rélation du serment.*

2750. Notion générale. 422
2751. Caractère juridique de la rélation. 422
2752. Effets de la rélation 423

III. *De la prestation du serment.*

2753. Division du sujet. 423

A. Caractère juridique.

2754. La prestation du serment a le caractère *déclaratif*. 423

B. Effets de la prestation du serment.

2755. Idée générale. 424

N° 1. *Etendue de la force probante.*

2756. Cette force réside dans la convention qui précède la prestation 425

(Nos) Pages

2757. Celui qui a déféré ou référé le serment n'est pas admis à attaquer sa prestation 426
2758. ... même en intervenant comme partie civile dans une poursuite pour délit de faux serment 426
2759. Serment déféré sur la vérité d'un fait constaté dans un acte . . . 427
2760. On peut faire tomber la prestation en se fondant sur les causes qui permettent de faire prononcer la nullité ou la rescision des conventions ordinaires 427
2761. ... mais seulement à l'aide de moyens organisés pour attaquer les jugements 427

N° 2. *Caractère relatif de l'autorité du serment.*

2762. Le principe. 428
2763. α. Du cas de la solidarité active 428
2764. β. Du cas de la solidarité passive. 429
2765. γ. Du serment déféré au débiteur principal ou à la caution . . . 429

IV. *Refus de prêter serment ou de le déférer.*

2766. Dans ce cas il y a aveu tacite 430
2767. *Quid* en cas de solidarité, de cautionnement? 430

§ II. *Du serment déféré d'office.*

2768. Deux espèces de serment déféré d'office 431

I. *Du serment supplétoire.*

A. Conditions de sa délation.

2769. Double condition indiquée par l'art. 1367 432
2770. Du commencement de preuve requis par la loi 432
2770 I. Exception contenue dans l'art. 1329 434
2771. Le serment supplétif ne peut être déféré qu'à l'une des parties. . 435
2772. Mais il peut être déféré à l'une ou à l'autre 435
2773. Du cas où la partie à laquelle il est déféré décède avant la prestation 435
2773 I. En principe le serment supplétoire peut être déféré en toute matière. Exceptions 436
2774. Il ne peut être déféré que sur une question de fait 436
2775. Peut-il porter sur des faits non personnels à la partie qui est appelée à le prêter? 436
2776. Il n'est pas nécessaire que les faits soient *décisifs*. 437
2777. Ce serment ne peut pas être déféré devant la juridiction administrative ou criminelle. 437

B. Autorité du serment supplétif.

2778. Ce serment est une simple mesure d'instruction 438
2779. Conséquences 438

II. *Du serment en plaids ou* in litem.

2780. Conditions 439

(Nos) Pages
2780 I. A défaut des éléments nécessaires pour l'évaluation, le juge peut-il recourir à la commune renommée? 440
2781. Ce serment, lui aussi, est un simple moyen d'instruction 440
2782. Différences entre ce serment et le serment supplétoire 441

DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION

(Livre III, titre IV du Code civil).

2783. Examen critique du texte de la loi 443
2784. Deux catégories d'*engagements* qui se forment sans convention . 443
2785. α. Engagements résultant de la seule autorité de la loi 444
2786. β. Engagements résultant d'un fait personnel au débiteur 444
2787. Résumé et critique du système de la loi 445

CHAPITRE PREMIER

DES QUASI-CONTRATS

2788. Définition 447
2789. Existe-t-il d'autres quasi-contrats que la gestion d'affaires et le paiement de l'indû? 448

SECTION I

DE LA GESTION D'AFFAIRES

2790. Notions générales 449
2791. La stipulation pour autrui rentre-t-elle dans la gestion d'affaires? 450

§ I. *Des conditions requises pour la gestion d'affaires.*

I. *De l'intention des parties.*

2792. La gestion d'affaires suppose qu'on gère volontairement l'affaire d'autrui 450
2793. *Quid* quand on gère l'affaire de *Primus,* croyant gérer celle de *Secundus?* 451
2794. *Quid* lorsque, croyant gérer sa propre affaire, on gère celle d'un autre? 452
2795. Peut-il y avoir gestion d'affaires quand le maître connaît la gestion? 452
2796. La gestion d'affaires suppose que le maître ne s'y est pas opposé. 453
2797. Du cas où un mandataire excède les limites du mandat. 454
2798. Du cas où le gérant veut faire une libéralité. 454

II. *De la capacité des parties.*

2799. Il faut que le gérant ait la capacité de s'obliger par contrat 455
2800. Il n'est pas nécessaire que le maître ait cette capacité. 455

(Nos) Pages

§ II. *Des obligations qu'engendre le quasi-contrat de gestion d'affaires.*

2801. Il peut faire naître des obligations à la charge des deux parties. . 456

I. *Des obligations du gérant.*

2802. En principe, le gérant se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat 457
2803. α. Obligation de continuer la gestion commencée. 457
2804. Cette obligation existe même quand le maître vient à mourir. . . 458
2805. La gestion d'affaires finit-elle par la mort du gérant? 458
2806. β. Obligation d'apporter à la gestion les soins d'un bon père de famille 459
2807. L'art. 882 n'est pas applicable à la gestion d'affaires. 459
2808. Le gérant répond du mandataire qu'il s'est substitué 460
2809. Quand il y a plusieurs gérants d'affaires, ils ne sont pas tenus solidairement. 460
2810. γ. Obligation de rendre compte de la gestion 461
2811. La disposition de l'art. 1996 est-elle applicable au gérant d'affaires? 461
2812. Des cas où le gérant n'a pas l'action *negotiorum gestorum contraria* 462

II. *Des obligations du maître.*

A. Des obligations du maître indépendamment de toute ratification de sa part.

2813. Le maître peut être tenu de trois obligations 462
2814. 1° Obligation de remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom. 463
2815. 2° Obligation d'indemniser le gérant de tous les engagements pris par celui-ci. 463
2816. Les tiers n'ont pas d'action directe contre le maître. 463
2817. 3° Obligation de rembourser au gérant toutes les dépenses utiles ou nécessaires 464
2818. Le maître n'est obligé qu'autant que l'affaire a été bien administrée 465
2819. L'art. 2002 n'est pas applicable à la gestion d'affaires 466
2820. Ni l'art. 2001 466
2820 I. Pour la garantie de ses déboursés, le gérant a un droit de rétention 467
2821. En principe, la gestion d'affaires est gratuite. 468

B. Des obligations du maître qui a ratifié.

2822. Sens du mot *ratification* 468
2822 I. Au cas de ratification, les règles du mandat deviennent applicables. 469
2823. α. Du cas où le gérant n'a pas l'action *negotiorum gestorum contraria* 469
2824. β. Du cas où il a cette action. 470
2824 I. La ratification peut-elle nuire au gérant? 470

(Nos) Pages

§ III. *Prescription de l'action de gestion d'affaires.*

2824 II. Cette action n'est jamais prescriptible que par trente ans. 471

SECTION II

DU PAIEMENT DE L'INDÛ

2825. Notion générale 471

§ I. *Dans quels cas et sous quelles conditions se forme ce quasi-contrat.*

I. *Détermination des conditions requises.*

2826. Deux conditions sont requises 472

A. Paiement indû.

2827. Il peut y avoir paiement indû dans trois hypothèses. 473
2828. Exception relative au cas où le créancier a supprimé son titre par suite du paiement 474
2829. Cette exception suppose la bonne foi du créancier. 475
2829 I. Que faut-il entendre par *suppression* du titre ? 475
2830. *Quid* si le créancier, ayant reçu le paiement, avait laissé prescrire sa créance contre le débiteur ? 476
2830 I. Par quelle action peut être exercé le recours accordé par l'art. 1377, al. 2. 477
2830 II. *Quid* si le débiteur a payé au mépris d'une opposition ? 477

B. Paiement fait par erreur.

2831. Démonstration de l'existence de cette condition. 478
2832. L'erreur de droit peut donner ouverture à la *condictio indebiti*. 479
2833. Des cas où cette action est admise indépendamment de toute erreur : α. Paiement fait en vue d'une cause future qui ne s'est pas réalisée 480
2834. β. Paiement fait sur le fondement d'une cause illicite 480
2835. Du cas où une société continue à payer les coupons d'une obligation appelée au remboursement par le tirage au sort. 481

II. *De la preuve de ces conditions.*

2836. Le demandeur doit prouver l'existence de toutes les conditions requises. 482
2836 I. Cette preuve doit être faite d'après les règles du droit commun. Application 483

§ II. *Comment s'exerce l'action en répétition.*

I. *Par qui elle peut être exercée.*

2837. Elle peut l'être par le *solvens* ou par son mandataire 484
2838. Le mandataire peut-il agir *rectâ vid* ? 485
2839. Du cas où le paiement a été fait, au nom du prétendu débiteur, par un tiers sans mandat. 485

(Nos) Pages
2840. D'un cas où l'action en répétition appartient à un autre qu'à celui qui a payé. 486
2840 I. Cette action n'est pas attachée à la personne du *solvens*. 486

II. *Contre qui la répétition peut être exercée.*

2841. Du cas où le paiement a été fait à un mandataire 487
2841 I. Paiement indû reçu par un tiers non mandataire 487

III. *Prescription de la* condictio indebiti.

2841 II. Cette action est soumise à la prescription trentenaire 487

§ III. *Conséquences juridiques de la* condictio indebiti.

2842. La *condictio indebiti* est une action en restitution 488

I. *Restitution de la chose indûment payée.*

2843. Du cas où la chose indûment reçue était un corps certain et a péri 489
2844. Du cas où l'*accipiens* a vendu la chose reçue 491
2844 I. La même solution doit être donnée pour toute autre espèce d'aliénation. 491
2845. Le *solvens* peut-il revendiquer la chose entre les mains d'un tiers acquéreur ? 492
2845 I. S'il s'agit d'une chose fongible, elle ne peut être restituée que par équivalent 494
2845 II. Du cas où la prestation accomplie à titre de paiement consistait en faits ou services. 495

II. *Restitution des intérêts et des fruits.*

2846. Distinction suivant que l'*accipiens* est de bonne ou de mauvaise foi 495
2846 I. *Quid* lorsque ce sont des intérêts ou des arrérages qui ont été indûment payés ?. 496
2846 II. Du cas où l'*accipiens* de bonne foi a loué la chose à vil prix en consentant un bail de plusieurs années 496
2846 III. Celui qui a reçu indûment et de mauvaise foi des choses fongibles est-il comptable des intérêts de la valeur estimative ?. 496
2846 IV. Les intérêts dus par l'*accipiens* de mauvaise foi ne sont prescriptibles que par trente ans. 497

III. *Situation dans laquelle se trouvent les héritiers de* l'accipiens.

2846 V. Ils doivent subir les conséquences de sa mauvaise foi. 498

IV. *Dépenses faites par l'*accipiens *relativement à la chose reçue.*

2847. Celui qui obtient la restitution doit toujours le remboursement des dépenses de conservation 499
2848. Quant aux autres dépenses, il faut appliquer les règles du droit commun 500

(N°s) Pages

2849. Pour le remboursement des dépenses nécessaires et des dépenses d'amélioration, l'*accipiens* a un droit de rétention. 500

2849 I. Qui doit supporter les frais du paiement sans cause? 501

APPENDICE A L'ÉTUDE DES QUASI-CONTRATS

DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE AUX DÉPENS D'AUTRUI

2849 II. Définition de l'action moderne *de in rem verso*. Principe qu'elle sanctionne 502

I. *Historique.*

A. Droit romain.

2849 III. Le droit primitif. Notion de la *condictio*. Ce qu'était la *condictio sine causa*. 503

2849 IV. L'action *de peculio et de in rem verso*. 505

B. Ancien droit français.

2849 V. *Livre de Jostice et de Plet*. Beaumanoir. Bouteiller. Dumoulin. 506

2849 VI. Domat 507

2849 VII. Pothier. 507

C. Droit francais moderne.

N° 1. *Le texte et l'esprit du code civil français. Droit comparé.*

2849 VIII. L'action *de in rem verso* existe dans le droit français actuel. Les législations étrangères. 509

N° 2. *La doctrine française depuis le Code civil.*

2849 IX. Toullier. Marcadé 510

2849 X. Aubry et Rau. Labbé. Planiol. Ripert et Tesseire. Thèses. . . . 511

2849 XI. Larombière. Laurent. Demolombe. 513

N° 3. *La jurisprudence française moderne.*

2849 XII. Revirement de 1892. 515

II. *Nature et fondement de l'action française* de in rem verso.

2849 XIII. Réfutation de la théorie « de la gestion d'affaire anormale » . . . 517

2849 XIV. Examen des théories de M. Planiol : le prétendu caractère illicite de l'enrichissement sans cause 519

2849 XV. Réfutation de la théorie de MM. Ripert et Tesseire (« Qui a créé le profit doit en bénéficier ») 524

III. *Conditions de l'action* de in rem verso.

2849 XVI. Enumération de ces conditions 527

A. Enrichissement.

2849 XVII. Il ne faut tenir compte que des augmentations du patrimoine. . . 528

(Nos) Pages

2849 xviii. *Quid* des dépenses qui ont été faites pour empêcher que la chose du défendeur périt ou fût détériorée? 529

B. Lien de causalité.

2849 xix. Il faut un rapport de cause à effet entre un fait du demandeur et l'enrichissement du défendeur. 529
2849 xx. Difficultés que soulève la question quand l'enrichissement s'est produit par l'intervention d'un tiers. 529
2849 xxi. Examen de l'objection tirée de la règle *Res inter alios acta*. . . 530
2849 xxii. De la prétendue nécessité d'une « transmission de valeur » . . . 530

C. Caractère injuste de l'enrichissement sans cause.

2849 xxiii. En quoi consiste cette condition. 531
2849 xxiv. Le droit qu'a l'enrichi de refuser à l'intermédiaire la restitution est-il opposable à l'enrichisseur? 532

IV. *Effets de l'action* de in rem verso.

2849 xxv. Détermination du *maximum* que peut obtenir le demandeur. . . 532
2849 xxvi. L'enrichissement se calcule d'après l'état de choses existant au moment où la demande a été formée 533
2849 xxvii. Les avances faites par le demandeur ne portent pas intérêt de plein droit 533
2849 xxviii. Le demandeur a-t-il le droit de rétention?. 533

CHAPITRE II

DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS

SECTION PREMIÈRE

DÉFINITIONS ET GÉNÉRALITÉS

2850. Définition du mot *délit*. 534
2851. Comparaison du délit criminel et du délit civil 534
2852. Définition du quasi-délit 535
2853. Inutilité de la distinction des délits et des quasi-délits. 536

SECTION II

ÉLÉMENTS COMMUNS AU DÉLIT CIVIL ET AU QUASI-DÉLIT

2853 i. Les éléments du délit ou du quasi-délit 536

§ I. *Fait illicite.*

2854. α. Peu importe qu'il s'agisse d'un fait de commission ou d'omission. 536
2855. β. Examen de la théorie de l'abus du droit 537

§ II. *Imputabilité.*

2856. Définition. Conséquences 544

(Nos) Pages

I. *Des personnes irresponsables.*

A. Irresponsabilité du fou.

2857. Historique. Droit actuel. 545
2858. Du cas où la folie résulte d'habitudes vicieuses 546
2859. Législations étrangères. Proposition de loi. 546
2860. Il faut examiner l'état de l'agent au moment où l'acte a été accompli. 548
2861. Délits commis par des personnes en état d'ivresse. 548
2862. Des troubles intellectuels résultant de l'usage de la morphine. . 549
2863. La personne pourvue d'un conseil judiciaire ne cesse pas, par cela seul, d'être responsable. 550

B. Irresponsabilité de l'enfant dépourvu de discernement.

2864. La minorité n'est pas, par elle-même, une cause d'irresponsabilité 550

II. *Particularités de la faute aquilienne.*

2865. Définitions de la faute aquilienne et de la faute contractuelle. . . 552
2866. Quelle est la nature de la faute des voituriers au cas d'accidents de personne ? 552
2867. Avant la loi du 9 avril 1898 un problème analogue se posait quant aux accidents du travail 553
2868. La faute la plus légère fait encourir la responsabilité édictée par l'art. 1382. 556
2869. Des clauses d'exonération de responsabilité. 557

§ III. *Dommage.*

2870. Motif. Nécessité de la preuve du dommage. 558
2871. Le dommage moral peut-il être l'objet d'une réparation pécuniaire ? α. Discussion doctrinale. 559
2871 bis. *Suite.* β. Etude critique de la jurisprudence 565
2872. Droit étranger. 576
2873. Le dommage doit résulter de la faute. 577

SECTION III

DE LA RÉPARATION DU DOMMAGE CAUSÉ PAR UN DÉLIT OU PAR UN QUASI-DÉLIT

2874. Le principe est celui de la réparation intégrale 578
2875. Une indemnité peut-elle être allouée pour un dommage futur ? . 579
2876. Peut-on obtenir de nouveaux dommages-intérêts quand le préjudice s'est aggravé 579
2877. Nature de la réparation 580
2878. La loi n'exige pas de mise en demeure 581
2879. L'art. 1150 est inapplicable en la matière. 581
2880. En est-il de même de l'art. 1151 ? 581
2881. Du cas où la victime d'un délit a contribué par sa faute à occasionner le dommage 582
2882. Les coauteurs d'un délit civil sont-ils solidairement responsables ? 584

(Nos) Pages
2883. Toute personne lésée a droit à une réparation 585
2884. L'action en indemnité est-elle transmissible activement aux héritiers et successeurs ? 585
2885. Les créanciers peuvent-ils exercer cette action en vertu de l'art. 1166 ? 586
2886. Elle est transmissible passivement 587
2887. Quel est le tribunal compétent ? 587
2888. Du cas où l'action en réparation est portée incidemment à l'action publique devant un tribunal criminel 588
2889. Du cas où cette action est portée devant le tribunal civil 588
2890. Des preuves qui incombent au demandeur 589
2891. Les condamnations peuvent-elles donner lieu à la contrainte par corps ? 589
2892. De la prescription de l'action en dommages-intérêts 590
2893. De la prescription des actions civiles indépendantes du délit . . . 591
2894. Comment la prescription de l'action en indemnité peut être interrompue 593

SECTION IV

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE QUI PEUT INCOMBER A UNE PERSONNE A RAISON DU FAIT D'AUTRUI OU A RAISON DES CHOSES QU'ELLE A SOUS SA GARDE

2895. Nature et disposition de l'art. 1384, al. 1 593

§ I. *De la responsabilité qui incombe à une personne à raison du dommage causé par une autre.*

2896. Cette responsabilité n'est que civile. 595

I. *Quelles sont les personnes responsables du fait d'autrui.*

A. Personnes visées par l'art. 1384.

2897. Trois classes de personnes sont responsables en vertu de l'art. 1384. 595

N° 1. *De la responsabilité des père et mère.*

2898. Motif de cette responsabilité 595
2899. Elle s'applique à tous les actes des enfants mineurs. 596
2900. Quand la responsabilité passe-t-elle à la mère ? 596
2901. Cette responsabilité pèse sur les père et mère des enfants naturels 597
2902. Conditions de cette responsabilité : α. Minorité des enfants . . . 597
2903. De l'enfant majeur atteint d'aliénation mentale 598
2904. β. Il faut que les enfants habitent avec leur père et mère. 599
2905. La responsabilité cède s'il y a eu impossibilité de prévenir le fait dommageable 600
2905 bis. Transfert de la responsabilité à une autre personne. 602

N° 2. *De la responsabilité des instituteurs et des artisans.*

2906. Fondement de cette responsabilité 602

(Nos) Pages
2907. Différences entre cette responsabilité et celle des père et mère. 603
2907 I. L'instituteur ou l'artisan cesse d'être responsable quand il prouve qu'il n'a pu empêcher le fait dommageable. 603
2908. Sens de l'expression *instituteur* 603
2909. Substitution de l'Etat aux instituteurs publics quant à la responsabilité que l'art. 1384 faisait peser sur ces derniers (loi 20 juillet 1899) 606
2909 I. La loi de 1899 n'a modifié en rien le principe de cette responsabilité. Conséquences. 607
2909 II. Propositions de loi relatives à la responsabilité des instituteurs. 609
2910. Des directeurs d'établissements d'aliénés 613
2910 I. Hors du cas de l'art. 1384, al. 4, la surveillance d'enfants peut faire encourir une responsabilité en vertu des art. 1382 et 1383. 613
2910 II. Définitions des termes *artisan* et *apprenti*. 614

N° 3. *De la responsabilité des maîtres et commettants.*

2911. Fondement de cette responsabilité 615
2912. Sens du mot *préposé*. 617
2913. *Quid* des entrepreneurs et ouvriers travaillant sous leur propre responsabilité?. 619
2913 I. Les commettants sont responsables des faits des sous-préposés. 620
2914. Cette responsabilité est limitée aux faits accomplis par les préposés dans l'exercice de leurs fonctions. Applications. 621
2915. Elle n'existe pas quant aux autres. Applications 624
2915 I. Le point de savoir si les préposés étaient dans l'exercice de leurs fonctions est une question de fait 625
2915 II. Du cas où le préposé a été considéré par la victime du dommage comme agissant pour son compte personnel. 626
2915 III. Quand le préposé n'était pas dans l'exercice de ses fonctions, le commettant peut être responsable en vertu des art. 1382 et 1383. 626
2916. Double dérogation résultant de l'art. 206 C. for. 627
2917. L'art. 1384, al. 3, peut-il être invoqué contre l'Etat? 628
2918. *Quid* des départements et des communes ? 631
2918 I. Exception contenue dans l'art. 11 de la loi du 29 décembre 1905 sur la caisse de prévoyance des marins français. 633

B. Personnes visées par des dispositions particulières.

2919. Division en deux catégories. 634

N° 1. *Des cas où le fait dommageable suppose de la part de la personne civilement responsable un défaut de surveillance.*

2920. α. Responsabilité des dépositaires des registres de l'état civil à raison des altérations faites sur ces registres 634
2921. β. Responsabilité des communes dans le cas de crimes ou délits commis par des attroupements ou rassemblements 635
2921 I. Conditions auxquelles cette responsabilité est subordonnée . . . 636
2921 II. Compétence de la juridiction civile. 638

(Nos) Pages.
2921 III. Répartition des dommages-intérêts entre les habitants domiciliés dans la commune 638
2922. Du cas où les attroupements ont été formés d'habitants de plusieurs communes 639
2923. Des cas où cesse la responsabilité de la commune : 1° Du cas où la commune prouve que toutes les mesures en son pouvoir ont été prises afin de prévenir les attroupements 640
2924. 2° Du cas où la municipalité n'a la disposition ni de la police locale ni de la force armée. 641
2925. 3° Du cas où le dommage résulte d'un fait de guerre. 642
2926. Du recours qui appartient aux communes déclarées responsables. 642

N° 2. *Des cas où il n'y a pas de rapport entre le dommage et la faute commise par la personne civilement responsable.*

2927. α. Responsabilité des gardes-champêtres au cas de retard dans la rédaction des procès-verbaux. 643
2928. β. Responsabilité édictée contre les hôteliers par l'art. 73 C. pén. 644

II. *Règles communes aux divers cas de responsabilité du fait d'autrui.*

2929. Les personnes civilement responsables peuvent faire valoir les exceptions appartenant à l'auteur du dommage 644
2930. Du cas où l'auteur du fait illicite n'est pas en faute 645
2931. Recours des personnes civilement responsables 645
2932. La responsabilité civile n'exclut pas la responsabilité de l'auteur du fait dommageable. 646
2933. Voies ouvertes à la partie lésée. 646
2934. De ce qui est compris dans la responsabilité du fait d'autrui . . . 646
2935. Des cas où, par exception, cette responsabilité s'étend à l'amende. 647
2936. La contrainte par corps n'est pas applicable aux personnes civilement responsables 648
2936 I. L'action peut toujours être exercée contre les héritiers de la personne civilement responsable 648
2937. De la prescription de l'action en responsabilité civile 649

III. *Du principe que les dispositions qui rendent une personne responsable du fait d'autrui doivent être interprétées strictement.*

2938. Fondement et applications de ce principe 650
2939. De l'action *de effusis et dejectis* 653

§ II. *De la responsabilité du fait des choses.*

2940. Motif. Division de la matière 654

I. *De la responsabilité du dommage résultant du fait d'un animal.*

2941. Raison d'être de l'art. 1385 655
2942. Cette responsabilité suppose qu'on se sert de l'animal. 656
2943. Elle ne pèse pas sur les préposés du propriétaire 657
2944. *Quid* de celui qui a simplement la garde d'un animal ? 657
2945. Celui qui se sert de l'animal a-t-il un recours contre le propriétaire ? 661

(Nos) Pages
2946. La présomption de l'art. 1385 admet la preuve contraire 661
2946 I. Comment cette preuve doit-elle être administrée? 662
2947. Du cas où une personne a été tuée ou blessée en voulant maîtriser un animal furieux ou échappé 663
2948. L'art. 1385 s'applique à tous les animaux qui sont l'objet d'un droit de propriété 664
2948 I. α. Des lapins de garenne. 664
2948 II. β. Des abeilles des ruches 665
2948 III. γ. Des pigeons des colombiers 666
2949. De la responsabilité à raison du dégât causé par le gibier 666
2950. Peu importe : α) que l'animal se soit écarté des habitudes naturelles de son espèce 669
2950 I. β) que le dommage ait été causé à des personnes au service du propriétaire. 669
2951. Du cas où un animal blesse ou tue un autre animal appartenant à un propriétaire différent. 671
2952. Des chevaux engagés dans une course. 672
2953. L'abandon noxal n'est plus permis 672
2954. Dispositions particulières de la loi du 4 avril 1889. 673
2955. Extension de la compétence des juges de paix quant au dommage causé aux récoltes (L. 19 avril 1901) 674
2955 I. La disposition de l'art. 1385 ne saurait être étendue par analogie. 675

II. *Du dommage causé par la ruine d'un bâtiment.*

2956. Fondement et portée de la responsabilité. 676
2957. Le propriétaire est responsable même au cas d'usufruit. 676
2958. La responsabilité existe au regard des voisins et des passants . . 676
2959. Elle suppose que la ruine résulte d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien 677
2960. Que comprend l'expression *bâtiment?*. 679
2960 I. L'article 1386 ne vise que le dommage causé par la *ruine* totale ou partielle. 680
2961. L'art. 1386 ne vise que le bâtiment dont la construction est achevée. 680
2962. Il s'applique aux bâtiments qui sont la propriété de l'État, des départements ou des communes 681
2963. *Quid* quand le bâtiment écroulé appartenait à plusieurs personnes? 681
2963 I. L'art. 1386 n'admet pas l'extension par analogie. 682
2964. De la *cautio damni infecti* 682
2965. Le voisin peut-il forcer le propriétaire à réparer ou reconstruire le bâtiment menaçant ruine? 683

III. *Du dommage causé par une chose inanimée autre qu'un bâtiment et spécialement du dommage causé par une chose mobilière inanimée.*

2966. La responsabilité de ce dommage a été d'abord rattachée à l'art. 1382 684
2967. Système de la cour de Paris (application de l'art. 1386). 685
2968. Application de l'art. 1384, al. 1 *in fine* 686

(Nos) Pages

2969. Pourquoi le propriétaire ou celui qui a la chose sous sa garde est-il responsable? Trois explications. 690
2970. α. Système donnant pour cause à la responsabilité la qualité même de propriétaire 690
2971. β. Système qui fonde la responsabilité sur une faute présumée. 690
2972. γ. Système du *risque* ou *risque créé* 692
2973. Idée générale de la loi du 9 avril 1898 (accidents industriels). α. Application de la théorie du risque 694
2973 I. *Suite :* β. Industries ou exploitations régies par cette loi. 696
2973 II. *Suite :* γ. Condition du droit à l'indemnité. Calcul de l'indemnité 698
2973 III. *Suite :* δ. De l'action contre les tiers auteurs de l'accident. . . . 699
2973 IV. *Suite :* ε. La loi du 9 avril 1898 a un caractère d'ordre public . . 700
2974. Des accidents causés dans les exploitations agricoles par l'emploi de machines mues par des moteurs inanimés (L. 30 juin 1899) 700
2975. Faculté d'adhésion à la législation des accidents du travail (L. 18 juillet 1907) 702
2976. Propositions de loi tendant à faire appliquer la théorie du risque aux accidents d'automobiles. 706

TABLE

DES TEXTES DE LOIS

EXPLIQUÉS DANS LE TOME IV

I. CODE CIVIL

Articles.	Numéros.
1321	2385-2418.
1322	2336 et 2337, 2345.
1323	2340.
1324	2341.
1325	2270-2301, 2395.
1326	2302-2333, 2395.
1327	2334 et 2335.
1328	2346-2384; 2473, 2477, 2589.
1329	2422-2426.
1330	2427-2430.
1331	2433-2347.
1332	2448-2456, 2474.
1333	2478-2485.
1334	2486-2489.
1335	2491-2493.
1336	2494-2496.
1337	2499-2511.
1338	1988-1992, 2003-2008, 2112-2123.
1339	1993-1998, 2002.
1340	1999.
1341	2514-2531, 2563-2579.
1342	2540-2544.
1343	2536-2539.
1344	2532-2535.
1345	2546-2551.
1346	2552-2562.
1347	2580-2618.
1348	2619-2622, 2634-2639.
1348-1°	2623-2628.
1348-2°	2629-2632.
1348-3°	2633.
1348-4°	2640-2651.
1349	2652.
1350, al. 1	2653.
1350-1°	2654.
1350-2°	2655.
1350-3°	2656, 2665-2673.
1350-4°	2656.
1351	2674-2694.
1352, al. 1	2658-2659.
1352, al. 2	2660-2664.
1353	2695-2699.
1354	2703.
1355	2725 et 2726.
1356, al. 1	2704, 2707.
1356, al. 2	2708.
1356, al. 3	2711-2722.
1356, al. 4	2723 et 2724.
1357	2729.
1358	2735.
1359	2738.
1360	2746-2748.
1361	2749, 2752.
1362	2751.
1363	2757.
1364	2731.
1365	2762-2765.
1366	2768, 2771-2773.
1367	2769-2770, 2774.
1368	2781.
1369	2780.
1370, al. 1	2783.
1370, al. 2	2784.
1370, al. 3	2785.
1370, al. 4	2786.

Articles.	Numéros.	Articles.	Numéros.
1371	2788-2789.	1380	2846.
1372	2790-2803. 2811.	1381	2846-2849.
1373	2804.	1382	2850-2867, 2869-2887, 2932.
1374	2806.	1383	2853, 2868, 2932.
1375	2813-2818.	1384, al. 1	2895-2896, 2940, 2968-2972.
1376	2833, 2837-2840.	1384, al. 2	2898-2905.
1377, al. 1	2833, 2837-2840.	1384, al. 3	2911-2918, 2938.
1377, al. 2	2834-2836.	1384, al. 4	2906-2908.
1378	2842-2843.	1385	2941-2953.
1379	2844 et 2845.	1386	2956-2965, 2967 et 2968.

II. CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Articles.	Numéros.	Articles.	Numéros
119	2596.	213	2338.
126	2936.	214	2338.
193	2338.	330	2595.
195	2341.	844	2497.
196	2341.		

III. CODE DE COMMERCE

Articles.	Numéros.	Articles.	Numéros.
8 et 9	2420.	14, 15 et 17	2431.
12 et 13	2421.	49	2579.

IV. CODE PÉNAL

Articles.	Numéros.	Articles.	Numéros.
52	2936.	407	2263.
73	2928.	471, n° 5	2965.
150 et 151	2337.		

V. CODE FORESTIER

Article.	Numéros.
206	2931, 2935, 2938.

VI. LOIS SPÉCIALES

Numéros

L. 28 septembre-6 octobre 1791 (Code rural),
tit. I, sect. VII, art. 7. 2927
tit. II, art. 7. 2938
L. 25 ventôse an XI (Organisation du notariat),
art. 14 2606
art. 68 2606
L. 15 avril 1829 (Pêche fluviale), art. 74 . . . . . 2931, 2938
L. 3 mai 1844 (Police de la chasse), art. 28 . . . . . 2934, 2935, 2938

Numéros
L. 5 juin 1850 (Effets de commerce), art. 5 2269
L. 30 mai 1850 (Police du roulage et des messageries publiques), art. 13. 2935
L. 9 janvier 1852 (Exercice de la pêche côtière), art. 12. 2938
L. 23 mars 1855 (Transcription en matière hypothécaire), art. 1 . 2382
L. 28 mai 1858 (Négociations concernant les marchandises déposées dans les magasins généraux) art. 2. 2267
L. 24 juin 1865 (Chèques), art. 1. 2267
L. 22 juillet 1867 (Contrainte par corps),
art. 1. 2936
art. 2. 2891
L. 19 février 1874 (Apposition de timbres mobiles proportionnels sur les warrants, effets négociables), art. 5. 2267
L. 21 juillet 1881 (Liberté de la presse), art. 58. 2888
L. 15 janvier 1884 (Police de la pêche dans la mer du Nord), art. 20. 2935
L. 5 avril 1884 (Organisation municipale),
art. 106. . . . . 2921 à 2921 III
art. 107. 2922
art. 108. . . . . 2923 à 2925
art. 109. 2926
art. 136, § 12. 2962
L. 4 mars 1889 (Liquidation judiciaire), art. 24. 2431
L. 4 avril 1889 (*Code rural*, liv. I, *Régime du sol ;* — tit. VI : *Des animaux employés à l'exploitation des propriétés rurales*), art. 1, 4 et 7. 2954
L. 1er août 1893 (Modifiant celle du 24 juillet 1867 sur les sociétés). 2835
L. 9 avril 1898 (Concernant les accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail). 2973
art. 1. . . . . 2973 I
art. 2, al. 1, art. 3, art. 20, al. fin. . . . . 2973 II
art. 7. . . . . 2973 III
art. 30 . . . . . 2973 IV
L. 21 juin 1898 (*Code rural*, liv. III : *De la police rurale :* tit. I, *Police administrative*). . . . . 2954 *in fine*
L. 30 juin 1899 (Concernant les accidents causés dans les exploitations agricoles par l'emploi des machines mues par des moteurs inanimés) 2974
L. 20 juillet 1899 (Responsabilité des membres de l'enseignement public). 2909
L. 29 décembre 1905 (Caisse de prévoyance des marins français). . . . . 2918 I, 2973 I
L. 12 avril 1906 (Etendant à toutes les entreprises commerciales les dispositions de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail) . . . . . 2973 I *in fine*
L. 18 juillet 1907 (Faculté d'adhésion à la législation des accidents du travail). 2975
L. 8 mars 1908 (Instituant la police d'Etat dans la commune de Marseille) 2924

ADDITIONS AU TOME IV [1]

P. 1, note 1, ligne 4. — Après : S., 70. 1. 314, ajouter : Orléans, 13 avril 1907, *Loi*, 17 avril 1907, *Mon. jud. Lyon*, 22 avril 1907.

P. 2, note 1, ligne 5. — Après D. P., 1903. 1. 508, ajouter : Orléans, 13 avril 1907, précité.

P. 16, note 4 *in fine*. — Ajouter : Req., 14 mars 1906, D. P., 1907. 1. 255.

P. 30. — Ajouter à la note continuée : Caen, 8 février 1907, *Rec. Caen et Rouen*, 1907. 1. 211. — Bourges, 3 mars 1908, *Loi*, 11 mai 1908, *Mon. jud. Lyon*, 12 juin 1908.

P. 34, note 2. — Ajouter : Trib. civ. Lyon, 5 février 1908, *Loi*, 26 février 1908, *Mon. jud. Lyon*, 13 février 1908.

P. 51, ligne 5. — Ajouter un appel de note et mettre en note : Il appartient aux juges du fait d'apprécier, d'après les circonstances de la cause, si le signataire doit être compris dans l'exception. Caen, 28 janvier 1907, *Rec. Caen et Rouen*. 1907. 111.

P. 61, note 3, ligne 8. — Après : n° 4148, ajouter : Orléans, 28 décembre 1906, *Gaz. Trib.*, 1907, 1er semestre. 2. 218.

P. 65, note continuée, ligne 21. — Ajouter : Caen, 7 novembre 1906, *Rec. Caen et Rouen*, 1907. 1. 165.

P. 71, n. 2340 *in fine*. — Ajouter un appel de note et mettre en note : Req., 18 novembre 1907, D. P., 1908. 1. 24.

P. 143, note 2, ligne 12. — Ajouter : Req., 30 décembre 1907, D. P., 1908. 1. 148. *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 181.

Même page, même note *in fine*. — Ajouter : Cpr. Trib. paix Paris, 26 avril 1907, *Loi*, 27 avril 1907, *Mon. jud. Lyon*, 10 mai 1907; 23 mai 1907, *Loi*, 29 mai 1907.

P. 217, note 2 *in fine*. — Ajouter : Req., 18 juillet 1906, D. P., 1907. 1. 111.

P. 250, note 2 *in fine*. — Ajouter : Trib. com. Nantes, 18 novembre 1906, *Rec. Nantes*, 1907. 1. 196.

P. 252, n. 2578, ligne 3. — Après : juridiction saisie, ajouter un appel de note et mettre en note : Trib. civ. Sedan, 24 décembre 1907, *Gaz. Trib.*, 22 mai 1908.

Même page, note 2. — Ajouter : Paris, 2 mars 1907, *Gaz. Trib.*, 1907, 2e semestre. 2. 163. — Cpr. Caen, 11 février 1907, *Rec. Caen et Rouen*, 1907. 194.

Même page, note 4, ligne 7. — Après : Lyon, 3 novembre 1898, précité, ajouter : Paris, 2 mars 1907, précité. — Trib. civ. Toulouse, 20 juin 1907, *Gaz. Trib.*, 6 novembre 1907.

P. 256, note 5. — Ajouter : Bordeaux, 6 mai 1907, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1907. 1. 283.

P. 269, note continuée, ligne 28. — Après : 611, ajouter : Lyon, 19 décembre 1907 (sol. impl.), *Mon. jud. Lyon*, 16 mars 1908.

[1] Nous comprenons dans ces additions les décisions judiciaires qui ont été publiées au cours de l'impression de ce volume et trop tard pour pouvoir être mentionnées à leur place normale.

P. 280, note 2. — Ajouter : Req., 13 avril 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 604.

P. 293, note continuée, ligne 5. — Après : 1906. 1. 73, ajouter : Civ. rej., 6 février 1905, S., 1907. 1. 393 (note de M. Naquet).

P. 300, note 1, ligne 12. — Après : D. P., 1906. 2. 83, ajouter : Req., 27 mars 1907. S., 1907. 1. 209.

Même page, note 3 *in fine*. — Ajouter : Trib. civ. Toulouse, 20 juin 1907, *Gaz. Trib.*, 6 novembre 1907.

P. 287, note 1 *in fine*. — Ajouter : Bordeaux, 17 février 1908 (motifs), *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1908. 1. 150.

P. 306, note 1, ligne 12. — Après : 1985 C. civ., ajouter : Paris, 15 mars 1905, D. P., 1907. 2. 357.

P. 307, note 3. — Ajouter : Req., 6 janvier 1908, S., 1908. 1. 119, *Pand. franç.*, 1908. 1. 119, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 296. — *Adde* Trib. civ. Lyon, 3 janvier 1908, *Mon. jud. Lyon*, 10 juin 1908.

P. 308, note 4, ligne 9 *in fine*. — Ajouter : Angers, 12 juillet 1907, D. P., 1907. 2. 398.

P. 317, n. 2635, ligne 2. — Ajouter un appel de note et mettre en note : Req., 26 juillet 1904, D. P., 1908. 5. 46. — Bordeaux, 25 novembre 1907, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1908. 1. 121.

P. 319, note 3. — Ajouter : *Adde* Req., 17 juillet 1906, S., 1908. 1. 167, D. P., 1907. 1. 247. — Riom, 17 avril 1907 (sol. impl.), *Loi*, 9 novembre 1907.

Même page, note 4. — Ajouter : Caen, 20 janvier 1846, S., 46. 2. 499, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 4948-2°, 5307.

P. 323, note 2, ligne 2. — Après : 275, ajouter : Trib. de paix de Merdrignac (Côtes-du-Nord), 29 mai 1907, D. P., 1908. 5. 5, *Mon. des juges de paix*, 1907, p. 410.

P. 325, note 1 *in fine*. — Ajouter : V. application dans Caen, 21 mars 1905, *Rec. Caen et Rouen*, 1906. 90.

Même page, note 2 *in fine*. — Ajouter : — Cpr. Caen, 21 mars 1905, précité.

P. 372, note 2, ligne 6. — Après : S., 1905. 1. 454, ajouter : Cass., 19 juin 1907, *Loi*, 15 novembre 1907.

P. 447. — Après le titre : *Des quasi-contrats*, ajouter un appel de note et mettre en note : V. notamment, sur cette matière, G. Goublet, *La notion du quasi-contrat, classification rationnelle des sources d'obligations*, thèse, Paris, 1904.

P. 487, n. 2841 I, ligne 2. — Après : *Secundus*, ajouter entre virgules : mais sans mandat à cet effet.

P. 542, note 1, ligne 6. — Après : 6 août 1905, ajouter : Bordeaux, 3 décembre 1905 (sol. impl.), *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1907. 1. 74.

Même page, même note, ligne 10. — Après : 1907. 1. 78, ajouter : Civ. cass., 24 avril 1907 (sol. impl.), D. P., 1907. 1. 293 ; 30 décembre 1907 (sol. impl.), *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 100, *Gaz. Trib.*, 12 février 1908, *Loi*, 7 février 1908. — Trib. civ. Seine, 9 avril 1908, *Gaz. Trib.*, 9 mai 1908, *Loi*, 2 mai 1908, *Mon. jud. Lyon*, 8 mai 1908. — Req., 15 avril 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 688.

Même page, même note, ligne 17. — Après : S., 1905. 2. 41, ajouter : Civ. cass., 18 février 1907, S., 1907. 1. 77, D. P., 1907. 1. 385 (note de M. G. Ripert), *Pand. franç.*, 1907. 1. 128.

Même page, même note, ligne 19. — Après : p. 26-28, ajouter : Just. de paix Paris, (10e arrond.), 9 septembre 1908 (affaire Mansuelle c. Pataud), *Gaz. Pal.*, 1908. 2. 218.

Même page, même note, *in fine*. — Ajouter : — droit de refuser d'embaucher des ouvriers (dans l'espèce, le motif du refus était que les ouvriers faisaient partie d'un syndicat professionnel), Trib. com. Epernay, 28 février 1906, et Trib. civ. Lille, 12 novembre 1906, D. P., 1908. 2. 73.

P. 546, note 2, *in fine*. — Ajouter : — V. aussi Trib. civ. Meaux, 29 mai 1908 (dommage causé pendant une crise d'épilepsie), *Gaz. Pal.*, 1908. 2. 196.

P. 561, lignes 2 et 3. — Au lieu de : ou enfin contre la femme elle-même lorsque..., lire : ou enfin soit contre le complice seul, soit contre la femme et son complice...

ERRATUM

SE RÉFÉRANT AU TOME I

P. 262, n. 204 i, ligne 2. — Au lieu de : curateur, lire : conseil judiciaire.

ERRATA ET ADDENDUM

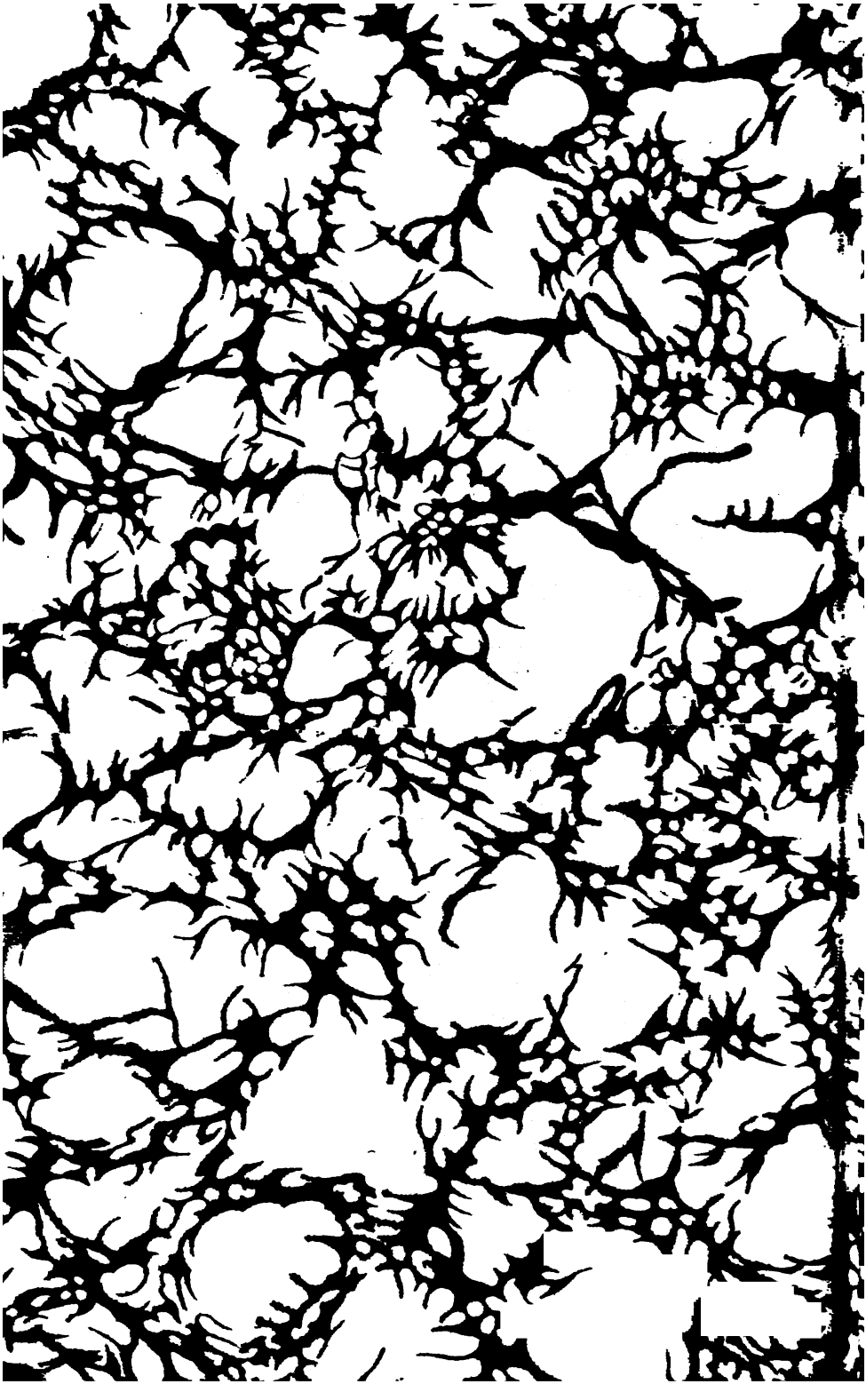
SE RÉFÉRANT AU TOME II

P. 308, note 4 *in fine*. — Ajouter : V. la proposition de loi présentée par MM. Grillon, Méquillet, Dubief, etc., députés, le 28 novembre 1907 (Ch. des dép., *doc. parl.*, 1907, sess. extraord., n. 1341) et celle présentée par M. Albert Poulain, député, le 4 décembre 1907 (Ch. des dép., *doc. parl.*, 1907, sess. extraord., annexe 1356), tendant à la modification de l'art. 55 C. pén., en ce qui concerne la solidarité des amendes. — Pour ces propositions, voir *Lois nouvelles*, 1908, 27e année, *Rev. des trav. parl.*, 2e partie, p. 5.

P. 444, ligne 10. — Au lieu de : indivisibles, lire : divisibles.

P. 447, ligne 16. — Au lieu de : donc, lire : dont.

30.817. — Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.



Stanford Law Library
3 6105 062 550 806